

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Francisco das Chagas Barros de Sousa
SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS

Terezinha de Jesus Anchieta Guerreiro
SUBPROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
SUBCORREGEDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ana Teresa Silva de Freitas
DIRETORA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mariléa Campos dos Santos Costa
OUVIDORA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

TITULARES (2013/2015)

Regina Lúcia de Almeida Rocha
PROCURADORA-GERAL DE JUSTIÇA

Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
CONSELHEIRO

Suvamy Vivekananda Meireles
CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Francisco das Chagas Barros de Sousa
CONSELHEIRO

Raimundo Nonato de Carvalho Filho
CONSELHEIRO

Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
CONSELHEIRA

Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
CONSELHEIRA

SUPLENTE

Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Domingas de Jesus Fróz Gomes

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

José Antonio Oliveira Bents
Regina Lúcia de Almeida Rocha
Maria dos Remédios Figueiredo Serra
Eduardo Jorge Hiluy Nicolau
Iraci Martins Figueiredo Aguiar
Ana Lídia de Mello e Silva Moraes
Lígia Maria da Silva Cavalcanti
Suvamy Vivekananda Meireles
Krishnamurti Lopes Mendes França
Raimundo Nonato de Carvalho Filho
Selene Coelho de Lacerda
José Henrique Marques Moreira
Domingas de Jesus Fróz Gomes
Francisco das Chagas Barros de Sousa
Cézar Queiroz Ribeiro
Clodenilza Ribeiro Ferreira

Terezinha de Jesus Guerreiro Bonfim
Regina Maria da Costa Leite
Flávia Tereza de Viveiros Vieira
Paulo Roberto Saldanha Ribeiro
Teodoro Peres Neto
Rita de Cassia Maia Baptista Moreira
Marco Antonio Anchieta Guerreiro
Maria de Fátima R. Travassos Cordeiro
Sâmara Ascar Sauaia
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Maria Luíza Ribeiro Martins Cutrim
Mariléa Campos dos Santos Costa
Joaquim Henrique de Carvalho Lobato
Sandra Lúcia Mendes Alves Elouf
Eduardo Daniel Pereira Filho

ISSN 1677-1060

ESTADO DO MARANHÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

**REVISTA
DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO
ESTADO DO MARANHÃO**

JURIS ITINERA

R. Minist. Públ. Est. MA. São Luís, n. 21, jan./dez. 2014

CONSELHO EDITORIAL

<i>José Antonio Oliveira Bents</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Selma Regina Souza Martins</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA
<i>Raimundo Nonato de Carvalho Filho</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Jerusa Capistrano Pinto Bandeira</i> PROMOTORA DE JUSTIÇA
<i>Paulo Roberto Saldanha Ribeiro</i> PROCURADOR DE JUSTIÇA	<i>Francisco de Aquino da Silva</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Gladston Fernandes de Araújo</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA	<i>Vicente de Paulo Silva Martins</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA
<i>Justino da Silva Guimarães</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA	<i>Carlos Augusto da Silva Oliveira</i> PROMOTOR DE JUSTIÇA

Editoração e Normalização

Maria dos Remédios R. dos Santos - Coordenadora de Documentação e Biblioteca
Rômollo de Sá Malta - Chefe de Seção de Editoração e Publicação
Conceição de Maria Lima Guedes - Analista Ministerial

Colaboração

Natália Moreira Lima Salgado Tupinambá - Assessora de Procurador de Justiça
Ercina Maria Assis Paixão - Assessora de Procurador de Justiça
Rosicléa Pereira Rodrigues - Analista Ministerial
Abimael Freitas Lopes - Chefe da Seção de Pesquisa Jurídica
Maria Édula Marçal Lima - Memorial do MPMA
Elisabeth Silva Bezerra - Memorial do MPMA
Marco Antonio Pinto Amorim - Auxiliar Ministerial

Revisão

Ilza Galvão Cutrim

Capa

Maria Ribamar Aguiar Costa

Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão
Rua Osvaldo Cruz, 1396 - Centro.
São Luís-MA. CEP: 65.020-910.
Fone: (0XX98) 3219-1600
FAX: (0XX98) 3231-2890
E-mail: procuradoria@mpma.mp.br
Home page: www.mpma.mp.br

As ideias e opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão:
Juris Itinera/ Procuradoria Geral de Justiça. v. 1, n. 1,
(jan./dez.1991-) - São Luís: PGJ, 2014.
n. 21

Anual
1. Direito - Periódicos. I. Ministério Público do Estado do
Maranhão.

CDU 340 (05)
ISSN 1677-1060

Solicita-se permuta

We ask for exchange

On demande l'échange

APRESENTAÇÃO

A dinâmica da ciência jurídica, impulsionada pela necessidade de se adequar à contemporaneidade dos fatos e fenômenos sociais, impõe aos operadores do Direito uma contínua busca de conhecimento que lhe torne cada vez mais apto, no seu cotidiano, a emitir um juízo próprio de valor sobre as mais variadas questões advindas das relações interpessoais.

Para fazer frente a essa incessante procura, a Revista *Juris Itinera*, do Ministério Público do Estado do Maranhão – disponibilizada, anualmente, a toda a comunidade jurídica –, ao longo dos seus mais de 20 anos de existência, vem se consolidando como um valioso veículo de publicação de trabalhos jurídicos do mais alto nível científico.

E, para gáudio institucional, esta 21ª. Edição confirma tal assertiva.

Uma vez mais os artigos publicados se debruçam sobre temas que fomentam o debate jurídico e, conseqüentemente, dão azo a uma reflexão construtiva – esta própria do regime democrático de Direito – voltada à consecução de uma Justiça (prestação jurisdicional) compatível com as exigências e transformações sociais vivenciadas nos dias atuais.

Assim, certa de que os trabalhos constantes desta 21ª. Edição, pela qualidade apresentada, contribuirão para a formação do pensamento científico daqueles que militam na área do Direito, permito-me recomendá-la, em nome do Ministério Público do Estado do Maranhão, a todos que anseiam por uma produção literária jurídica de vanguarda.

REGINA LÚCIA DE ALMEIDA ROCHA

Procuradora-Geral de Justiça



SUMÁRIO

DIREITO CONSTITUCIONAL

O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O ENFRENTAMENTO À HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Samira Mercês dos Santos
Thiago Gomes Viana..... 11

O CONFLITO APARENTE ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXARADAS NA ADC Nº 19 E NA ADI Nº 4424

André Gonzalez Cruz..... 35

UMA DISCUSSÃO ACERCA DOS INTERESSES CONFLITANTES EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Thiago Allisson Cardoso de Jesus..... 57

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

A FUNÇÃO ACUSATÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O SIGNIFICADO DA ESSÊNCIA DA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL

Edimar Carmo da Silva..... 83

CONDENAÇÃO CRIMINAL COM BASE EM INDÍCIOS: POSSIBILIDADE

Sandro Carvalho Lobato de Carvalho..... 111

**AS FORMAS E OS SUJEITOS DA VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER**

André Gonzalez Cruz..... 127

**“LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA”: UMA ANÁLISE À LUZ
DA LEI MARIA DA PENHA**

Amanda Natália Alexandre Lira 145

**A DINÂMICA DA PRISÃO PREVENTIVA
NO MICROSSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA**

Magdiel Pacheco Santos..... 165

**A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA
PRISÃO PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA: A
MALEABILIDADE DA LEI NÃO IMPLICA MAIOR EFICIÊNCIA**

Luciana Braga Reis 199

CONSUMIDOR

**APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS**

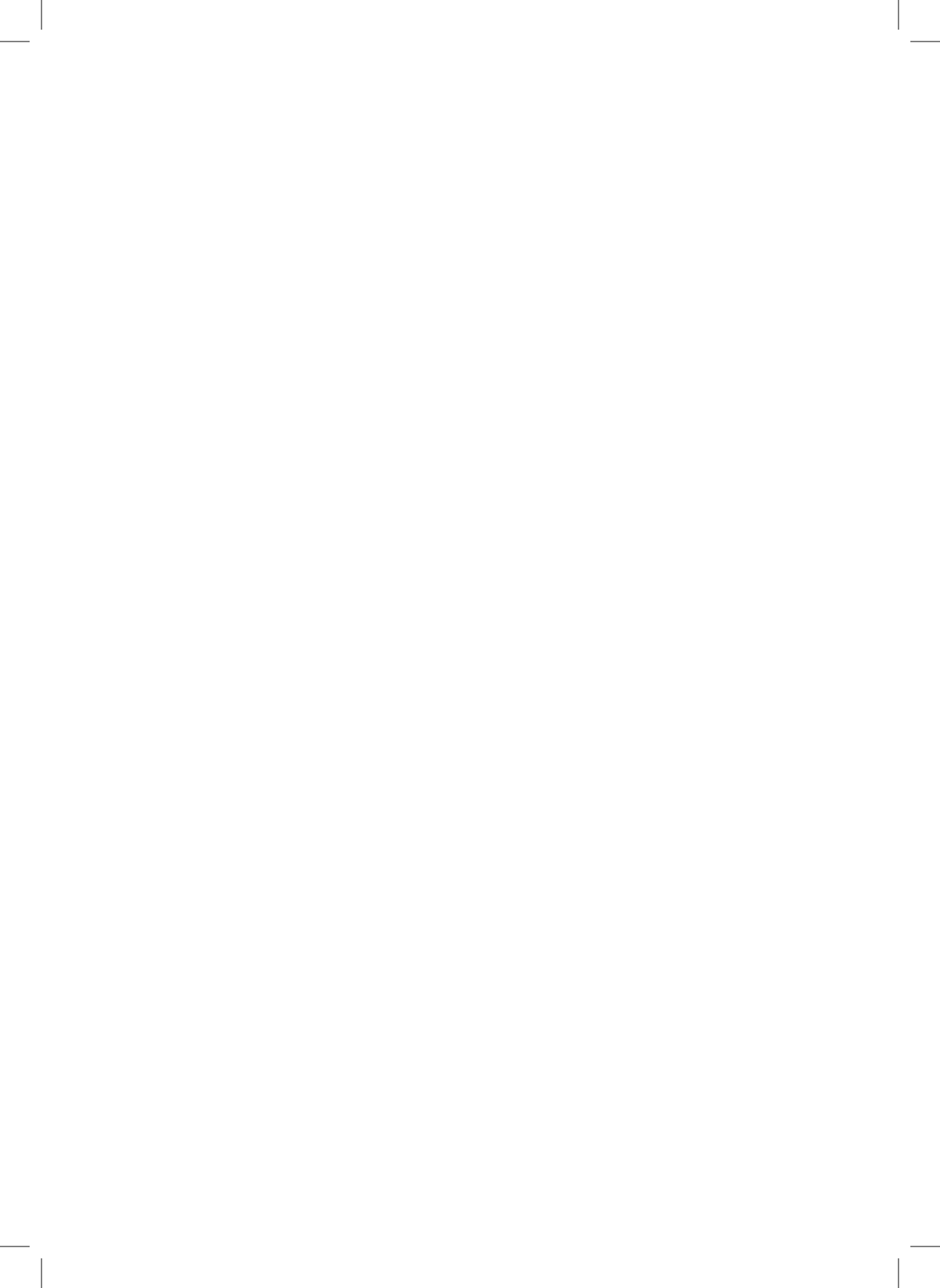
Ana Carolina de Oliveira Amaral
Hildélis Silva Duarte Junior 227

DISCURSOS INSTITUCIONAIS

**DISCURSO PROFERIDO NA SOLENIDADE DE RECONDUÇÃO
AO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Regina Lúcia de Almeida Rocha.....253

**DIREITO
CONSTITUCIONAL**



O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E O ENFRENTAMENTO À HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

*Samira Mercês dos Santos**

*Thiago Gomes Viana***

Resumo: O trabalho explora a atuação institucional do Ministério Público no tocante à defesa dos direitos humanos de lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais (LGBTI). Primeiramente, são abordados conceitos-chaves sobre sexualidade humana, tais como orientação sexual, identidade de gênero, homofobia, transfobia, bem como se traça um panorama do fenômeno social da homofobia e transfobia e o quadro normativo a respeito. Em seguida, trabalha-se o papel do Ministério Público (MP) na Constituição de 1988 e, no cerne, qual vem sendo a postura institucional do órgão em face das discussões sobre a diversidade sexual, homofobia e transfobia.

Palavras-chave: Orientação sexual. Identidade de gênero. Homofobia. Transfobia. Ministério Público.

* Promotora de Justiça do Estado do Maranhão; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Diretora dos núcleos de Igualdade Étnico-Racial e Diversidade Sexual do Centro de Apoio dos Direitos Humanos do Ministério Público do Maranhão – CAOPDH/MP-MA; Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IB-DFAM); Membro da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (AMPID); Membro da Associação Nacional do Ministério Público em defesa da Saúde (AMPASA); Membro do Ministério Público Democrático (MPD).

** Advogado; Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC)/Centro Universitário Internacional (UNINTER); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA); Diretor jurídico da Liga Humanista Secular do Brasil (LiHS); Presidente da Comissão da Diversidade Sexual (CDS), Membro da Comissão de Estudos Constitucionais, Institucionais e Acompanhamento Legislativo e do Grupo de Estudos em Direito Constitucional (GEC), todos da OAB/MA. Co-autor dos livros “Direito Criminal contemporâneo” (organizado por André Gonzalez Cruz; Brasília: Kiron, 2012) e “Estudos atuais de Direito Constitucional” (organizado por André Gonzalez Cruz, Hildélis Silva Duarte Junior e Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Rio de Janeiro: Barra Livros, 2014).

Abstract: This paper explores the institutional action of the Public Ministry concerning human rights of lesbian, *gays*, bisexual, trans and intersex people (LGBTI). First, we will address key-concepts about human sexuality such as sexual orientation, gender identity, homophobia, transphobia and the normative overall regarding those. Afterwards, we will discuss the role of the Public Ministry in 1988's Constitution and, at the core, we will analyze what is the institutional position of this organization upon the fundamental rights of LGBTI people.

Keywords: Sexual orientation. Gender indentity. Homophobia. Transphobia. Public Ministry.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca da diversidade sexual, especialmente no que concerne à discriminação e violência sofridas por lésbicas, *gays*, bissexuais, pessoas trans e intersexuais (LGBTI) é um tema em voga nas últimas décadas.

A proibição da discriminação nas relações trabalhistas, a adoção por casais homoafetivos, casamento e união estável homoafetivos foram alguns dos direitos reconhecidos ultimamente no Brasil.

O trabalho se propõe a analisar o papel desempenhado pelo Ministério Público no processo de reconhecimento de direitos fundamentais à população LGBTI brasileira, quais foram as iniciativas, positivas ou não, e quais os desafios que atualmente se impõe à instituição nesse tema.

2 UM OLHAR SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL

Ita plane, cumpre assinalar que a condição de LGBTI não se trata de um “estilo de vida”, uma “opção”, “comportamento”, como ordinariamente se pensa. Após um longo processo histórico de perseguições e marginalização resultante da ignorância e preconceito, consolidou-se, no meio científico, que ser LGBTI é a manifestação da sexualidade humana. São, antes, expressões da multifacetada diversidade sexual humana, que ora se apresentam em um esquema didático, mas que, frise-se, não exauzem o fenômeno.

Desde 1973, várias entidades e associações de profissionais da Medicina, Psicologia e Psiquiatria paulatinamente retiraram a homosse-

xualidade de seu código de patologias, culminando, em 17 de maio de 1990, com a Assembleia-Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), que a excluiu da Classificação Internacional de Doenças (CID) (VECCHIATTI, 2013, p. 34).

Assim, a orientação sexual¹ e identidade de gênero² passam a ser consideradas manifestações naturais da miríade de identidades e expressões afetivas e sexuais dos seres humanos, conseqüências da “[...] dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade” (RIOS, 2001, p. 90-91). Em outros termos, se reconhece a *igual dignidade* das pessoas LGBTI relativamente às pessoas heterossexuais cisgêneras³.

Ao longo da história, a perseguição contra as pessoas LGBTI, por particulares ou pelo Estado, de regimes políticos da direita à esquerda, é um fato incontestável e hoje ainda está presente nos mais

¹ “A orientação sexual é uma componente da sexualidade enquanto conjunto de comportamentos relacionados com a pulsão sexual e com sua concretização. Se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designamos tal orientação por ‘homossexualidade’; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se da ‘heterossexualidade’; e, ainda, de ‘bissexualidade’, se o sexo do parceiro é indiferente.” (BORRILLO, 2010, p. 23).

² A identidade de gênero, relacionada basicamente às pessoas trans (transexuais, travestis, intersexuais – vulgarmente conhecidos por “hermafroditas” – e demais pessoas que não se encaixam no modelo binário dos papéis dos gêneros masculino e feminino), por sua vez, diz respeito à “[...] experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”. (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 7, 10). Em 02 de dezembro de 2012, a Associação Americana de Psicologia, na revisão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM), retirou a identidade trans da categoria de desordem mental e a incluiu como “disforia de gênero”, ou seja, correspondente o sofrimento emocional, resultado de “uma incongruência marcante entre o gênero experimentado/exprimido e o gênero atribuído” (FORD, 2012, tradução nossa). Contudo, alerte-se que a permanência desse item no código representa uma disfarçada ingerência sobre o direito à autodeterminação corporal das pessoas trans.

³ Cisgênera é a pessoa que se identifica com o gênero socialmente atribuído a seu sexo biológico. Travestis e transexuais são pessoas que não se identificam com o mesmo, tendo assim identidade de gênero diversa àquilo que socialmente se espera de pessoas que se identificam com o seu sexo biológico. Quem tem tal identificação é uma pessoa cisgênera. Homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade referem-se à *orientação sexual*, ao passo que travestilidade, transexualidade e cisgêneridade referem-se à *identidade de gênero*.

diferentes países, em distintos graus de intensidade. A esse fenômeno, designa-se *homofobia*⁴:

[...] [a] hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles e àquelas de quem se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas. (BORRILLO, 2001, p. 36, tradução nossa).

Juridicamente, pode-se conceituar a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, motivada por orientação sexual ou identidade de gênero, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública⁵.

Esse fenômeno se traduz num conjunto de ideias e práticas culturais, sutis ou ostensivas, que disseminam o preconceito e discriminação motivados pela orientação sexual e identidade de gênero, atingindo,

⁴ A expressão “homofobia” é de uso corrente para definir a atitude de hostilidade contra LGBTI, mas também se pode falar em “fobias” – não no sentido patológico, mas sim no sentido de aversão pessoal de natureza afetiva que se reflete na rejeição de LGBTI e de natureza cognitiva cujo objeto da aversão não é o indivíduo LGBTI, mas a condição das pessoas LGBTI em si, como fenômeno psicológico e social (BORRILLO, 2010, p. 22) –específicas e suas respectivas implicações peculiares: em *gayfobia* (fobia contra gays); *lesbofobia* (fobia contra lésbicas); *bifobia* (fobia contra bissexuais); e, por fim, *transfobia* (fobia contra pessoas trans). (BORRILLO, 2010, p. 23).

⁵ Em igual sentido, os Princípios de Yogyakarta (CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 12). O conceito remete à definição constante do art. I da Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial. (BRASIL, 1969).

inclusive, heterossexuais confundidos com LGBTI⁶. A sua manifestação se dá no meio familiar e social, abrangendo desde a violência moral até espancamentos, torturas, mutilações, castrações, agressões sexuais, e, nos casos mais graves, assassinatos bárbaros (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, p. 09 e ss.). São os chamados *hate crimes*⁷. A situação de vulnerabilidade de LGBTI e os deletérios efeitos por estes sofridos é largamente comprovado por diversos estudos na área da saúde⁸.

Uma importante nuance desse fenômeno, de crucial importância nesta análise, consiste na *discriminação homofóbica e transfóbica institucional*, vale dizer, as formas pelas quais instituições e pessoas, mesmo conscientemente contrárias à discriminação, discriminam pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero (RIOS, 2008, p. 135 e ss.)⁹, relegando-as à invisibilidade em seus procedimentos adminis-

⁶ Dentre tantos casos, em 24 de junho de 2012, na cidade baiana de Camaçari, dois irmãos gêmeos, José Leandro e José Leonardo, andavam abraçados quando foram abordados por um grupo de 08 jovens que passou a agredi-los pensando se tratar de um casal homoafetivo, o que resultou no falecimento de José Leonardo, consequência das agressões e pedradas na cabeça, e em lesões graves em José Leandro. (MENESES, 2012).

⁷ “[...] delitos em que o autor do fato seleciona a vítima pela pertença, real ou suposta, a um grupo (racial, étnico, religioso, por exemplo), corrente filosófica ou política, origem, sexo ou orientação sexual; enfim, o motivo do autor para o crime, no todo ou em parte, é uma escolha existencial ou condição pessoal da vítima”. (VIANA, 2012a, p. 112).

⁸ Hill (apud VIANA, 2012a, p. 116-117) compilou várias pesquisas sobre a situação da vítima em relação aos hate crimes, apurando que tal vítima se sente menos segura, enxerga o mundo como menos ordenado e significativo, tem baixa autoestima, apresenta quadro depressivo e fica mais propensa ao uso de álcool e drogas, dentre outros pontos, e, ainda segundo esse mesmo autor, em relação às vítimas de crimes que não os de ódio, as vítimas destes delitos têm quase três vezes mais probabilidade de sofrer ferimentos graves, relatar níveis mais elevados de medo, ansiedade, relacionar contratempos pessoais com o preconceito, bem como relatar o incidente como tendo um grande impacto sobre suas vidas, dentre outros sintomas.

⁹ “A perspectiva institucional, por sua vez, enfatiza a importância do contexto social e organizacional como efetiva raiz dos preconceitos e comportamentos discriminatórios. Ao invés de acentuar a dimensão volitiva individual, ela volta-se para a dinâmica social e a ‘normalidade’ da discriminação que ela engendra, buscando compreender a persistência da discriminação mesmo em indivíduos e instituições que rejeitam conscientemente sua prática intencional”, daí se poder falar em “discriminação institucional e privilégio” (a reprodução e perpetuação da discriminação tem como fonte a situação privilegiada usufruída por grupos dominantes), “discriminação institucional e direitos especiais” (inexiste direito “especial” quando se pretende, com tratamento antidiscriminatório, a concreção do princípio da igualdade sensível às circunstâncias históricas de determinado contexto social) e “discriminação institucional e mérito” (a ideia de “mérito” baliza a sociedade para avaliar, quanto a este aspecto meritório, as características e padrões típicos dos privilegiados, daí que tais benefícios não sejam enxergados pelo que são: privilégios odiosos). (RIOS, 2008, p. 135 e ss.).

trativos, normas, leis. A não utilização do nome social das pessoas trans, ausência de campo específico para homofobia e transfobia nos registros de ocorrência policial, dispensa do serviço militar obrigatório etc. são exemplos.

Há mais de 30 anos, a ONG Grupo Gay da Bahia (GGB), que realiza coleta hemerográfica de homicídios contra LGBTI, apontou que, em 2013, foram 310 casos, um número ainda impreciso porque é alto o índice de subnotificação (ARRUDA, 2014).¹⁰

Em 2013, a Secretaria de Direito Humanos da Presidência da República divulgou o segundo relatório sobre homofobia e transfobia, com dados referentes ao ano de 2012, no qual apontou: foram registradas 9.982 violações de direitos contra LGBTI (aumento de 166% em relação a 2011), das quais 310 foram homicídios (em 2011, foram 278); no tocante às vítimas, a grande maioria é do sexo masculino (71%), gay (60,44%) e com idade entre 15 e 29 anos (61,33%) e, a maioria dos autores é conhecida da vítima (51%), tais como familiares e vizinhos, sendo que 25,54% das violações ocorreram nas casas da vítima e 30% nas ruas (BRASIL, 2013b, p. 18 e ss.).

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Brasil, pioneiramente, lidera iniciativas de ações e documentos para proteção dos direitos humanos de LGBTI tanto no sistema global junto à Or-

¹⁰ O argumento corrente de que os 310 homicídios são ínfimos se comparados aos 50 mil crimes letais intencionais cometidos por ano, segundo dados do Anuário Estatístico do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) 50 mil crimes letais intencionais por ano (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 14), resvala na *falácia de falsa analogia*, pois ignora que esse índice é um dado bruto, ao passo que os cometidos contra LGBTI têm recorte específico de motivação por homofobia e transfobia, direta ou indireta (diz-se direta ou indireta por um simples motivo: há homofobia direta quando o crime foi cometido com evidente motivação homofóbica; a indireta, por seu turno, é o pano de fundo onde a intolerância que proscreve LGBTI para a marginalidade social, fazendo-os socialmente vulneráveis, com tendência à depressão, suicídio, consumo de drogas lícitas e ilícitas, e, claro, vitimização em crimes como roubos, latrocínios e homicídios). Ainda que os 310 homicídios não fossem motivados pela homofobia ou transfobia, o Federal Bureau of Investigation (FBI) relatou que em 2012 foram 1.318 crimes de ódio contra LGBTI (UNITED STATES OF AMERICA, 2012), sendo que nesse mesmo período a Coalizão Nacional de Programas Anti-violência (NVCAP) apontou ocorrência de, pelo menos, 30 homicídios de ódio homofóbico e transfóbico. (SHAPIRO, 2012).

ganização das Nações Unidas (ONU)¹¹ como no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH)¹².

2.1 LGBTI e o ordenamento jurídico brasileiro: uma proteção ainda invisibilizada

Alexandre Bahia e Daniel Moraes (2013) traçam um interessante histórico dos debates na constituinte acerca da inclusão da expressão “orientação sexual” dentre os elementos elencados como proibitivos de discriminação hoje plasmados no art. 3º, inc. IV, da Constituição de 1988. Dentre os pronunciamentos colacionados, o constituinte Eliel Rodrigues (PMDB/PA) argumenta que, por “princípio religioso, evangélico”, evocando passagens bíblicas de condenação à homossexualidade, se verificam na “[...] Escritura Sagrada, todos esses senões e detalhes que impelem a consciência cristã a um devido cuidado, quando colocamos esse termo ‘orientação sexual’ como liberdade discriminada perante a lei.” (BAHIA; MORAES, 2013, p. 6)¹³.

¹¹ Além dos tratados e convenções de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais, Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas contra a mulher etc.), em 2008 foi aprovada a “Declaração nº A/63/635 – Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, na qual, reafirmando a vigência do princípio da não-discriminação, os países signatários se mostraram preocupados com a homofobia e transfobia e conclamaram os Estados a buscar mecanismos de punição às violações de direitos humanos de LGBTI (BAHIA, 2012, p. 1). Para mais, v. Viana (2012b, p. 6-13).

¹² Sem olvidar a Convenção Americana de Direitos Humanos (1948) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969), as Resoluções nº 2.504/2009, 2.600/2010, 2.653/2011 (BAHIA, 2012, p. 1), 2.721/2012 e 2.807/2013 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013b, 2014), que tratam dos direitos humanos de LGBTI, em 05 de junho de 2013, a Assembleia Geral da Organização do Estados Americanos (OEA), em sessão histórica, aprovou a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, o primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero, prescrevendo uma série de medidas a serem tomadas pelos Estados-parte no enfrentamento da transfobia e homofobia, além de disciplinar a responsabilização dos Estados por violação de direitos humanos de LGBTI. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2013a).

¹³ “Vale a pena conferir também o discurso do constituinte Lysâneas Maciel que, apesar de se colocar como evangélico apoia a proibição da discriminação por orientação sexual, dizendo que a pregação do Cristianismo ‘é o Evangelho da reconciliação, não o da catalogação de

Já se pode vislumbrar nesse discurso a homofobia e transfobia institucional que marcará a atividade legislativa nos últimos 25 anos de história constitucional da Carta Magna, em grave violação, ainda, à laicidade do Estado, já que a atuação da Frente Parlamentar Evangélica (FPE) para barrar todo e qualquer projeto pró-LGBTI se pauta em argumentos de cunho religioso. A orientação sexual e identidade de gênero restaram, no texto constitucional promulgado, como incluídos na expressão “outras formas de discriminação”. Não obstante, a expressão “preferência sexual” ou “orientação sexual” estão presentes em algumas Constituições estaduais¹⁴.

No Poder Executivo, as normas começaram a ser editadas regulamentando direitos às pessoas LGBTI por iniciativa da própria Administração ou, na maioria dos casos, após esta ser obrigada por decisões judiciais. Pode-se, nessa senda, citar o Programa Brasil Sem Homofobia, as portarias para reconhecimento de dependentes homoafetivos para fins previdenciários, de regulamentação do processo de cirurgia de transgenitalização (“mudança de sexo”). (OLIVEIRA, 2012, p. 108 e ss.).

O Poder Judiciário, à exceção do Superior Tribunal Militar¹⁵, representa o poder mais sensível e maior garantidor dos direitos fundamentais da população LGBTI e, dentre tantos exemplos, os mais emblemáticos são: o *decisum* da ADI nº 4277 e ADPF nº 132, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) garantiu aos casais homoafetivos o direito à união estável, com todos os direitos e deveres dela decorrentes; em outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no RESP nº 1.183.378/RS, reconheceu o direito ao casamento civil a um casal homoafetivo (OLIVEIRA, 2012, pp. 34-35, 74-81); a Resolução nº 175/2013, do Conselho Nacional

pecados, não o Evangelho das condenações, não o Evangelho da imposição de determinada fé. Fé que precisa de defesa é ideologia. Assim, quando a fé precisou defender-se, em certa época, transformou-se na Inquisição. [...] Assim também a democracia, que nesses últimos anos precisou ser defendida, transformou-se em tortura, em violação dos direitos humanos.” (BAHIA; MORAES, 2013, p. 10-11).

¹⁴ Alagoas (2001), Distrito Federal (1993), Mato Grosso (1989), Pará (2003), Santa Catarina (2002), Sergipe (1989) (ITABORAHY; ZHU, 2013, p. 27).

¹⁵ “Considerando-se ainda que seja um Tribunal Superior, chama a atenção o fato de sua quase totalidade (50 recursos num universo de cerca de 300, no total de tribunais pesquisados) seja relacionado ao crime de pederastia. Poucos casos tratavam de crimes sexuais contra mulheres de militares, cometidos por médicos em hospitais das forças armadas. A grande maioria [...] é relacionada a crimes de pederastia.” (OLIVEIRA, 2012, p. 78).

de Justiça (CNJ), consagrando a iniciativa de diversos tribunais estaduais e as decisões do STF e STJ, garantiu aos casais a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento nos cartórios. (BRASIL, 2013a).

No Poder Legislativo, na contramão de tantos avanços e em que pese a existência de vários projetos pró-LGBTI e de leis aprovadas pelos Parlamento no nível nacional¹⁶, estadual e municipal¹⁷, a conclusão *a fortiori* é que os representantes do Povo são deliberadamente omissos quanto ao seu dever constitucional de garantir de forma específica, no plano legislativo, os direitos e liberdades fundamentais da população LGBTI.

Dentre tantos projetos de lei, cabe destacar a iniciativa da deputada Iara Bernardi, no Projeto de Lei nº 5003/2001, para criminalizar a discriminação e violência contra LGBTI, que, após aprovação unânime pela Câmara dos Deputados, foi autuado no Senado como PLC nº 122/2006 (conhecido como o projeto de criminalização da homofobia), hoje com redação dada pela Emenda nº 01 da Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado (Emenda nº 01 – CAS). Desde a Câmara dos Deputados, são 13 anos de tramitação desse projeto, que, sobretudo de 2006 até o presente, tem encontrado ferrenha resistência das alas conservadoras do Congresso Nacional, especialmente da “bancada evangélica” (Frente Parlamentar Evangélica – FPE). Atualmente, o projeto foi apensado ao Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 (reforma do Código Penal), o que, em termos práticos, significa o seu sepultamento, dado o fato de que a

¹⁶ As Leis nº 9.612/1998 (institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências), nº 10.216/2001 (dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental), nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher), nº 11.707/2008 (altera a Lei nº 11.530/2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – Pronasci) e nº 12.414/2011 (disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito) são as únicas que mencionam “preferências sexuais” ou “orientação sexual” (ausente a questão da identidade de gênero). (OLIVEIRA, 2012, p. 104-108).

¹⁷ Rio Grande do Sul, Distrito Federal (Lei Distrital 2.615/00); Minas Gerais (Lei Estadual 14.170/02); São Paulo (Lei Estadual 10.948/01); Mato Grosso do Sul (Lei Estadual 3.157/05); Piauí (Lei Estadual 5.434/04); Pará (Lei Estadual 6.971/07); Paraíba (Lei Estadual 7.309); e Maranhão (Lei Estadual 8.444/06); entre os municípios, destacam-se Macapá (AP), Salvador (BA), São Raimundo das Mangabeiras (MA), Arraial do Cabo (RJ) etc. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS, 2014)

aprovação definitiva de códigos pode levar décadas. Não bastasse, a última versão do projeto retirou todas as expressões referentes à “orientação sexual” e “identidade de gênero” tendo por base emendas apresentadas por membros da FPE e, diga-se, carentes dos mais comezinhos fundamentos científicos e jurídicos, contudo a mantença da locução “ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, embora não ideal porque silente à questão específica da homofobia e transfobia, autoriza estender a LGBTI à proteção jurídico-penal do projeto. (SARNEY, 2013, p. 295-296, 455).

Assentadas essas premissas, pode-se passar ao cerne do trabalho.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO: A NOVA CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE RECONHECIMENTO DE NOVOS DIREITOS

Antes de explorar qual tem sido a atuação institucional do MP no tema da diversidade sexual, impende-se tecer algumas considerações a respeito do que é e quais as atribuições do órgão.

3.1 O MP na nova ordem constitucional

A Constituição da República de 1988 erigiu, nos termos do art. 127, o Ministério Público como instituição autônoma, permanente, essencial à Justiça, com a precípua tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assegurando-lhe garantias e autonomias, instrumentos de atuação funcional e impondo vedações a seus membros (BRASIL, 1988).

Conforme destaca Jatahy (2010, p. 14):

[a] Constituição da República dotou o Ministério Público de novo perfil em 1988. Conferiu-lhe uma precisa e avançada definição institucional; estabeleceu critérios formais para a escolha e destituição dos Procuradores-Gerais; assegurou autonomia funcional e administrativa à Instituição. Outorgou garantias e impôs vedações aos seus membros. Elencou novas

atribuições e estabeleceu regras, tudo para o bom desempenho da vocação social que lhe foi cometida pelo texto constitucional democrático. Em suma, instituiu o Novo Ministério Público. O artigo 127, caput, da Constituição ao (re)definir a Instituição (velha conhecida da sociedade, especialmente em virtude da acusação penal), modificou-lhe a essência.

Em 1993, foi promulgada a Lei Orgânica do MP, na qual se pode destacar a funcional, administrativa e financeira do órgão, cabendo-lhe, em especial, praticar atos próprios de gestão, propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos da carreira e de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros e servidores, prover diretamente os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado, elaborar seus regimentos internos, dentre outros (BRASIL, 1993).

Um dos principais instrumentos utilizados pelo MP na defesa de direitos fundamentais é a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85, que pode ser promovida para responsabilização de danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração da ordem econômica ou urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (BRASIL, 1985), sendo que neste último se insere a questão da defesa dos direitos da população LGBTI¹⁸.

3.2 O MP e a diversidade sexual

Visando o incentivo e o acompanhamento da garantia ao respeito da igualdade e à liberdade de orientação sexual e identidade de gênero,

¹⁸ O promotor de Justiça Rogério Pacheco Alves, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ), impetrou Ação Civil Pública por danos morais difusos à comunidade LGBTI contra o vereador Carlos Bolsonaro que, à época da absolvição do pai, Jair Bolsonaro, no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, publicou no Twitter o comentário “CHUUUU-PA Viadada. Bolsonaro absolvido!!!! Viva a Liberdade de Expressão. Parabéns Brasil!”, a ação requer ainda que o vereador seja condenado a pagar multa equivalente a 100 vezes o valor de seu salário, que é de R\$ 15 mil. (ALLEMAND, 2012).

através da criação de núcleos específicos LGBTI nos Ministérios Públicos foi definida em encontro da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos, durante a III Reunião Ordinária do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE), realizada em novembro de 2012, tendo como meta a “Criação no âmbito dos Ministérios Públicos da Comissão de Direito Homoafetivo” – cuja nomenclatura foi posteriormente alterada para “Comissão de Direito à Diversidade Sexual” (CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS, 2012, p. 1-2).

O objetivo geral é garantir os direitos da comunidade LGBTI, promover estudos a respeito da liberdade de orientação sexual e de identidade de gênero na esfera do Direito, atuando na formulação e auxílio à implementação de ações institucionais no Ministério Público para a garantia do respeito aos direitos sexuais, à orientação sexual e à identidade de gênero, essenciais para a dignidade e humanidade de toda pessoa e, portanto, não devem ser motivo de discriminação e abuso. Isto porque, como já assinalado, as atribuições do Ministério Público são dinâmicas e devem integrar a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito para a superação de desigualdades sociais e o resguardo do regime democrático que concretize a Justiça Social.

Nesse sentido, o Promotor de Justiça Marco Aurelio Farias (MPPE) propôs e logrou aprovação da criação dos seguintes eixos de atuação preferenciais para a “Comissão de Direito à Diversidade Sexual”:

- 1) Área Criminal - recomendar às autoridades policiais a inclusão nos Boletins de Ocorrência da identificação da motivação nos crimes de ódio em razão de homofobia; 2) Área de família e Registro Público - propor às Corregedorias Gerais de Justiça a emissão de provimentos ou resoluções para regulamentar a união civil e a dissolução dessa união entre pessoas do mesmo sexo, bem como a mudança de nome e gênero, nos registros públicos; 3) Área Cível – promover o entendimento no âmbito do Ministério Público de que a orientação sexual não é impedimento à adoção ou a outra forma de colocação em família substituta; 4) Área da Saúde – Assegurar a assistência à saúde para a cirurgia de mudança de

sexo e o acompanhamento psicossocial; 5) Área da Educação – Promover o enfrentamento à homofobia nas escolas, assegurando a utilização do nome social; 6) Área Institucional – Elaborar normativas para reconhecimento dos direitos homoafetivos em simetria com as uniões heterossexuais; 7) Legislação - sugerir o encaminhamento pelo CNPG à Secretaria de Direitos Humanos de proposta de criação de legislação federal que regulamente que a carteira do nome social tenha validade no âmbito nacional.

Assim, em julho do corrente ano, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com o apoio de sua Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais (CDDF), lançou nas redes sociais uma campanha em combate à homofobia, correlacionada à discussão sobre o Estado laico brasileiro, e que tem por objetivo a divulgação dos direitos da população LGBTI, bem como debater a violência de natureza homofóbica e transfóbica, demonstrando o cumprimento do compromisso do CNMP, do Ministério Público em defesa dessa população (CNMP..., 2014).

A seguir, analisa-se a criação de núcleos ou comissões no âmbito do MP sobre o tema da diversidade sexual.

3.2.1 As Comissões ou Núcleos de Diversidade Sexual nos MPs estaduais

A maior parte dos MPs estaduais criaram núcleos ou comissões de diversidade sexual na estrutura dos Centros de Apoio Operacional (CAOP) de Direitos Humanos ou de Cidadania. O CAOP é um órgão auxiliar na estrutura dos MPs, com o objetivo de uniformização de atuação, respeitada a independência funcional, a suprir os órgãos de execução com informes técnicos, informes legislativos, de doutrina e jurisprudência. Em que pese não se tratar de órgão de execução, podem expedir recomendações ou orientações sem caráter vinculante, em respeito ao princípio da autonomia funcional dos membros do Ministério Público. São, ainda, órgãos de formulação de políticas institucionais, quando através de estratégias de atuação, busca uniformizar a atuação dos membros para obtenção de resultados práticos em determinada atribuição, de modo a propiciar maior eficiência da intervenção institucional e, para tanto, na qualidade de fomentador de políticas públicas e interlocutor com organi-

zações representativas da sociedade, o CAOP deverá promover encontros, oficinas para efetivo apoio técnico a promotores e procuradores de justiça. Nesse sentido, Decomain (2011, p. 555):

[...] no tocante às diversas funções passíveis de atribuição aos Centros de Apoio Operacional, [...] a primeira é representada pelo inter-relacionamento entre os diversos órgãos de execução do Ministério Público, que desempenhem suas funções na mesma área de atuação. É interessante – respeitada sempre a autonomia funcional de cada membro da Instituição –, que os seus diferentes integrantes que reúnam as mesmas atribuições, uniformizem tanto quanto possível os seus procedimentos. Isso tranquiliza a população, posto que toda pessoa na medida do possível, terá já conhecimento do provável ponto de vista do representante do Ministério Público em dada matéria. Também é tarefa dos Centros de Apoio Operacional suprir os membros do Ministério Público com informes técnicos da área jurídica, inerentes às suas diferentes áreas de atuação, sempre sem caráter vinculante, em respeito à autonomia funcional. Assim, incumbe aos Centros a coleta de informes legislativos, de doutrina e Jurisprudência, cujo conhecimento é relevante para os membros da Instituição, distribuindo-os entre eles ou suprindo individualmente cada qual com as informações que solicitar, de acordo com suas necessidades. Sendo variadas as áreas de atuação do Ministério Público atualmente, e necessitando seus integrantes muitas vezes de informes técnicos em setores do conhecimento não jurídicos, incumbe ainda aos Centros de Apoio Operacional estabelecer relacionamento do Ministério Público com outros órgãos públicos e também com entidades privadas que desenvolvam atividades nas mesmas áreas de interesse funcional do Ministério Público.

O Ministério Público de Pernambuco (MPPE) criou, por meio da Portaria PGJ nº 1769/2012, datada de 31 de outubro de 2012, em iniciativa

inédita no país, a Comissão para Promoção dos Direitos Homoafetivos cuja atuação se pauta no “[...] estudo, formulação e acompanhamento da execução de políticas destinadas à promoção da igualdade e da liberdade de orientação sexual e identidade de gênero”, com o devido enfrentamento da discriminação motivada em qualquer dessas características (COMISSÃO PARA PROMOÇÃO DE DIREITOS HOMOAFETIVOS, 2012).

Logo em seguida, através do Ato Normativo nº002/2013, publicado em 2006/2013, o Ministério Público do Espírito Santo (MPES) instituiu sua Comissão de Direito à Diversidade Sexual.

Em julho de 2013, foi instalada a 67ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso do Sul, a primeira promotoria especializada em todo o território brasileiro na defesa da cidadania e enfrentamento à discriminação por motivo de raça, cor, etnia, condição de pessoa com deficiência, orientação sexual e identidade de gênero (MPE..., 2013).

O Ministério Público do Paraná, em janeiro do corrente ano, criou um núcleo específico para questões LGBTI para asseguramento dos direitos dessa população no estado, tendo por parâmetros os princípios da legislação internacional de Direitos Humanos sobre orientação sexual e identidade de gênero, assim como as regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição de 1988. (DIREITOS..., 2014).

Por último, desde fevereiro do corrente ano, foi criado o Núcleo de Diversidade Sexual na estrutura do Centro de Apoio do Ministério Público do Maranhão (MPMA) de Direitos Humanos, com a finalidade de promover estudos, formular e acompanhar a execução de políticas destinadas à promoção da igualdade e da liberdade de expressão afetiva-sexual e identidade de gênero, combatendo qualquer tipo de discriminação baseada em tais características. Entre os eixos de atuação, no plano institucional, está a implementação e acompanhamento das metas do eixo Justiça na Política Estadual de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais do Maranhão, do Plano Estadual de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT do Maranhão, do Programa “Maranhão sem Homofobia”, participação, monitoramento e avaliação do Comitê de Enfrentamento à Homo-Lesbo-Transfobia do Estado do Maranhão. (NÚCLEO..., 2014).

Além da realização de oficinas e encontros que tratem sobre direito homoafetivo a ser debatidos por membros e servidores, a intensificação das manifestações de Promotores de Justiça do Maranhão nas demandas

que impliquem em direitos da cidadania e direitos de família que envolvam pessoas do mesmo sexo, bem como a fiscalização do cumprimento no disposto na Resolução do Conselho Nacional de Justiça, nº 175, de 14 de maio de 2013 e na decisão vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal nas ADI 4277 e ADPF 132, nos procedimentos de habilitação de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo e a observância da legislação que permite o reconhecimento dos direitos de personalidade de pessoas trans de cirurgia de redesignação sexual e mudança de nome civil. A fim de que o protagonismo para a defesa dos direitos homoafetivos no Maranhão não aconteça de forma individual e isolada pelo Promotor de Justiça, o CAOP-DH, por seu Núcleo da Diversidade Sexual, busca um planejamento institucional com definição de objetivos e estratégias a fim de mobilizar todos os integrantes do Ministério Público do Maranhão para a consecução efetiva dos direitos das pessoas LGBTI como grupo social cuja vulnerabilidade se define na orientação da sexualidade diversa da heteronormatividade dominante.

Em outros MPs, a exemplo do MP de Goiás, embora não haja núcleo ou comissão específico, a temática da diversidade sexual tem sido abordada em oficinas, palestras, audiências públicas. Contudo, há necessidade premente de criação de órgão específico para atender à demanda peculiar da população LGBTI.

3.2.2 A discriminação homofóbica e transfóbica institucional no MP

Anteriormente, foi tratada a discriminação institucional, vale dizer, as formas pelas quais instituições e pessoas, mesmo conscientemente contrárias à discriminação, discriminam pessoas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero (RIOS, 2008, p. 135 e ss.). O MP, apesar das louváveis iniciativas em prol da população LGBTI, ainda tem um longo caminho pela frente.

No tema da união estável homoafetiva (em sede do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132¹⁹) e da criminalização da homofobia por aplica-

¹⁹ O promotor de Justiça Henrique Limongi, de Santa Catarina, ignorou a recomendação do Conselho Nacional de Justiça e da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, deu parecer desfavorável a pedido de casamento civil entre duas mulheres alegando que se trata de união “indisputavelmente anômala” e que foge aos “mais comezinhos parâmetros de normalidade”. (SALVES, 2013).

ção da Lei nº 7.716/89 (em sede do MI 4733) (PARA PGR..., 2014b), o parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) foi favorável aos pleitos.

Na ADPF 291, proposta pela própria PGR contra o artigo 235 do Código Penal Militar, que criminaliza a pederastia (“praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”), o procurador-geral da República opinou pela improcedência da ação, mesmo reconhecendo a “infeliz redação” do tipo penal. (PGR..., 2014a).

A superação das práticas discriminatórias institucionais de cunho homofóbico e transfóbico exigem permanente debate dessa temática nos processos de formação dos promotores de Justiça e dos servidores do MP, para atendimento humanizado das pessoas LGBTI que se socorrem da instituição e o encaminhamento das reclamações de denúncias de violação de direitos.

4 CONCLUSÃO

Como demonstrado no trabalho, desde 1988 o Ministério Público possui atribuições dinâmicas que devem integrar a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito para a superação de desigualdades sociais e o resguardo de um regime democrático que concretize a Justiça Social.

A criação das Comissões, por orientação do GNDH/CNPG, e/ou a criação de promotorias de justiça especializadas é para garantir a atuação institucional visando o respeito aos direitos sexuais, à orientação sexual e à identidade de gênero, essenciais para a dignidade e humanidade de toda pessoa e que, portanto, não devem ser motivo de discriminação e abuso.

A fim de evitar os desacertos entre atuações individuais de membros e uma política institucional atenta às demandas da sociedade, assume fundamental importância a atividade do Centro de Apoio Operacional de Direitos Humanos, principalmente para a orientação, atualização e debate sobre esta importante temática, para o fortalecimento da função constitucional do Ministério Público.

A demanda social de enfrentamento da homofobia e transfobia deve encontrar ressonância na atuação do Ministério Público Brasileiro para assegurar o gozo e exercício dos direitos fundamentais das pessoas LGTBI.

REFERÊNCIAS

ALLEMAND, Marcio. Comentário homofóbico rende multa ao filho de Bolsonaro. **Yahoo Notícias**, 1 jun. 2012. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/coment%C3%A1rio-homof%C3%B3bico-rende-multa-ao-filho-bolsonaro-232843852.html>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ARRUDA, Roldão. Relatório aponta 310 assassinatos por homofobia em 2013. Maioria das vítimas era jovem. **Blog do Roldão Arruda**, 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/roldao-arruda/relatorio-aponta-310-assassinatos-por-homofobia-em-2013-e-responsabiliza-governo-federal-e-dos-estados/>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LÉSBICAS, GAYS, BISEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS – ABGLT. **Legislação** - proibição de discriminação por orientação sexual, 2014. Disponível em: <http://www.abgl.org.br/port/leis_os.php>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil, resoluções internacionais e a Constituição de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3269. 13 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21999>>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____; MORAES, Daniel. O longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós - 88: igualdade e liberdade religiosa. **Revista Libertas**, Ouro Preto, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-2.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BERNARDI, Iara. **Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=79604>. Acesso em: 18 maio 2014.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BRASIL passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. **Folha de São Paulo**, 5 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de out. 1988. Brasília, DF, 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. **Diário da Justiça**, Poder Judiciário, de 15 de maio de 2013a. Disponível em: <<http://>

www.cnj.jus.br/dje/jsp/dje/DownloadDeDiario.jsp?dj=DJ89_2013-ASSINADO.PDF&statusDoDiario=ASSINADO>. Acesso em: 18 maio 2014.

_____. Secretaria de Direitos Humanos. **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012**. Brasília, 27 jun. 2013b. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>>. Acesso em: 18 maio 2014.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 399-422, jul-dez. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n2/a03v6n2.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**, 2007. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

CNMP lança nas redes sociais campanha de combate à homofobia. Conselho Nacional do Ministério Público, 03 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticia/5922-cnmp-lanca-nas-redes-sociais-campanha-de-combate-a-homofobia>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

COMISSÃO DE DIREITOS HOMOAFETIVOS. Apresentação, 2012. Disponível em: <<http://www.mppe.mp.br/mppe/index.php/cidadao/nucleos-e-gts#comissao>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES GERAIS. **Ata da I Reunião Ordinária de 2013 da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos – COPEDH/GNDH/CNPG**, Fortaleza/Ceará. Disponível em: <http://gndh.cnpg.org.br/AbrirDocumento.aspx?cd_documento=10>. Acesso em: 10 ago. 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993**. 2 ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

DIREITOS Humanos – MP-PR cria Núcleo LGBT, 29 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=4238>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. São Paulo, ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/arquivos/anuario2013.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ITABORAHY, Lucas Paoli; ZHU, Jingshu. Homofobia do Estado: análise mundial das leis –criminalização, proteção e reconhecimento do amor entre pessoas do mesmo sexo. **Associação Internacional de Lésbicas, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais-ILGA**, 2013. Disponível em: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2013_portuguese.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

JATAHY, Carlos Roberto de C. 20 anos de Constituição: o novo Ministério Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: CHAVES, Cristiano et al. **Temas Atuais do Ministério Público: A atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010, p.3-16.

MENESES, Rodrigo. Abraço de irmãos acaba em ataque homofóbico e morte na Bahia, **O Globo**, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/abraco-de-irmaos-acaba-em-ataque-homofobico-morte-na-bahia-5330477>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

MPE cria Promotoria pela Promoção da Igualdade e do Respeito à Diversidade. Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.camara.ms.gov.br/?secao=noticia&id=171935>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

NÚCLEO de Diversidade Sexual. Ministério Público do Estado do Maranhão, 2014. Disponível em: <<http://www.mp.ma.gov.br/index.php/component/content/article/27-centros-de-apoio/direitos-humanos/paginas-estaticas/8117-nucleo-populacao-lgbt>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBTTTT no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2012.

ORGANIZACIÓN DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General**, de 17 nov. 2011. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hr-council/docs/19session/A.HRC.19.41_sp.pdf>. Acesso em: 15 maio 2014.

ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea general. **Resolución n. 2721**, de 04 de jun. de 2012. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2721_XLII-O-12_esp.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. **Convenção interamericana contra toda forma de discriminação e intolerância**. 2013a. Disponível em: <http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana_discriminacao_intolerancia_POR.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Asamblea general. **Resolución n. 2807**, 6 de jun. de 2013b. Derechos humanos, orientación sexual e identidad y expresión de género. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2807_XLIII-O-13.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

PARA PGR, homofobia pode ser considerada crime de racismo. Procuradoria Geral da República, 28 jul. 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/para-pgr-homofobia-pode-ser-considerada-crime-de-racismo-ate-haver-leislacao-especifica>. Acesso em: 15 abr. 2014.

PGR: artigo sobre práticas de atos libidinosos em ambiente militar é constitucional. Procuradoria Geral da República, 07 abr. 2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional/para-pgr-artigo-sobre-praticas-de-atos-libidinosos-em-ambiente-militar-e-constitucional>. Acesso em: 15 abr. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SALVES, Déborah. SC: promotor nega casamento gay e desdenha de noivas. **Terra**, 17 ago. 2013. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/sc-promotor-nega-casamento-gay-e-desdenha-de-noivas_e8b4888140d80410VgnVCM4000009bcceb0aRCRD.html>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SARNEY, José. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. 2012a. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. **Parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (CTERCP)**, de 17 de dez. 2013b. Relator: Pedro Taques. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>. Acesso em: 18 maio 2014.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed., São Paulo: Método, 2013.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada?. In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). **Direito criminal contemporâneo**. Brasília: Kiron, 2012a. p. 109-132.

_____. O racismo homofóbico e o PLC nº 122/2006: um olhar para além da *terrae brasilis*. CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS SOBRE A DIVERSIDADE SEXUAL E DE GÊNERO DA ABEH, 1., 2012b.

Anais.... Salvador: UFBA, 2012b. Disponível em: <<http://abeh.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=162&Itemid=96>>. Acesso em: 15 maio 2014.

O CONFLITO APARENTE ENTRE AS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXARADAS NA ADC Nº 19 E NA ADI Nº 4424

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo do aparente conflito entre as decisões do Supremo Tribunal Federal exaradas na ADC nº 19 e na ADI nº 4424.

Palavras-chave: Vítima. Lei Maria da Penha. Decisões. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The present work aims to study the apparent conflict between the decisions of the Supreme Court entered in the ADC 19 and the ADI 4424.

Keywords: Victim. Maria da Penha Law. Decisions. Federal Supreme Court.

O dia 09/02/2012 vai ficar marcado na história da Lei Maria da Penha, pois foi nesse dia que o Supremo Tribunal Federal decidiu grandes polêmicas a respeito. A data é emblemática porquanto nela que foi realizado o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424.

Assim como ocorrem com todos os diplomas brasileiros, muitas críticas foram feitas à citada lei, com a primeira delas se referindo à sua inconstitucionalidade, por não respeitar o art. 226, § 8º, da Constituição: “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

* Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho (UGF) e Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão (ESMP/MA), em convênio com a Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Analista e Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Membro Efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas (AMLJ) e da Academia Ludovicense de Letras (ALL).

Sobre o referido assunto, Carvalho (2009) assinala que a lei sob foco faz uma remissão ao regramento constitucional, o qual estipula que o Estado “assegurarà a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, prevendo a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Todavia, para o autor, percebe-se facilmente que dita promessa constitucional não foi integralmente realizada, pois a lei cuidou exclusivamente de proteger a mulher vítima de violência doméstica e familiar, não amparando a todos os membros da família, máxime o texto constitucional se refira, claramente, a cada um dos que a integram.

Destarte, não foram poucos os que defenderam a sua inconstitucionalidade, uma vez que, de logo, a lei parece discriminatória, tratando a mulher como “eterno” sexo frágil e violando, portanto, o princípio da igualdade (CUNHA; PINTO, 2007). Esta conjuntura inicial foi bem descrita por Dias (2007, p. 7):

A Lei foi recebida com desdém e desconfiança. Alvo das mais ácidas críticas, é rotulada de indevida, de inconveniente. Há uma tendência geral de desqualificá-la. São suscitadas dúvidas, apontados erros, identificadas imprecisões e proclamadas até inconstitucionalidades. Tudo serve de motivo para tentar impedir que se torne efetiva.

Antes de adentrar especificamente na análise da constitucionalidade ou não da Lei Maria da Penha, necessário asseverar o que se entende por princípio: é um mandamento nuclear de um sistema, ou, melhor dizendo, o seu verdadeiro alicerce, sua disposição fundamental que irradia sobre muitas e diferentes normas, compondo seu espírito e servindo de critério para sua compreensão e inteligência, por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo como um todo, conferindo-lhe a tônica e a harmonia. (MELLO, 1994).

Partindo desse jaez, os princípios jurídicos “significam os *pontos básicos*, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito” (SILVA, 1999, p. 639), e, quando constitucionais, são a chave de todo o sistema normativo, como defende Bonavides (2006).

Analisando cegamente o dito dispositivo constitucional de igualdade entre os homens e as mulheres, mas sem adentrar especificamente na temática da Lei Maria da Penha, Silva e Silva (2005, p. 217) aduzem:

Importa mesmo é notar que é uma regra constitucional 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.

Todavia, o momento agora é outro: o de assegurar a dignidade da mulher no ambiente doméstico e familiar, pois a sua proteção, preconizada pelo citado diploma, decorre de sua condição (ainda) hipossuficiente no contexto do lar, fruto da cultura patriarcal que facilita a sua vitimação em situações de violência, e da dominação do homem perante a mulher, tornando, assim, a intervenção do Estado imprescindível em seu benefício, visando proporcionar os meios e mecanismos para o reequilíbrio das relações de poder imanentes àquele ambiente. (HERMANN, 2007).

E com isso concorda Souza (2007, p. 38):

Nesse campo é patente a desigualdade existente entre os gêneros masculino e feminino, pois as mulheres aparecem como a parte que sofre as discriminações e violências em índices consideravelmente maiores, não só pelas diferenças físicas, mas também culturais como envolvem o tema, conforme deflui dos já mencionados estudos realizados no âmbito ou sob a coordenação das Nações Unidas. Em tal contexto, a existência de uma discriminação em favor da mulher tem o claro objetivo de dotá-la de uma especial proteção, para permitir que o gênero feminino tenha compensações que equiparem suas integrantes à situação vivida pelos homens. Afigura-se, assim, que as medidas preconizadas na presente Lei constituem políticas e ações afirmativas no sentido de possibilitar que em relação à questão da violência, as mulheres alcancem o respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, bem como a almejada

igualdade de condições em relação aos homens, estando, portanto, em plena consonância com os ideais insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Chega-se a tal conclusão porque a Lei Maria da Penha incentiva o tratamento desigual entre homens e mulheres com o nítido objetivo de alcançar a igualdade real em relação aos sexos no que diz respeito à necessidade de pôr um fim à violência doméstica e familiar contra a mulher. Há que se ter em conta que a dita postura não pode ser eterna e, uma vez alcançados os objetivos da legislação, com a igualação material entre o homem e a mulher no âmbito doméstico e familiar, um tratamento isonômico far-se-á imposto. Contudo, esta não é a situação atual. (SOUZA, 2007).

Assim, acertadas e justas as alterações nas legislações brasileiras no sentido de atingir o verdadeiro alcance do princípio da igualdade entre o homem e a mulher, marco de uma sociedade mais fraternal que persevera na busca pela isonomia entre os seres humanos (PIAZZETA, 2001), tendo em vista que seria verdadeiro absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer as necessárias distinções. (KELSEN, 1974).

Na verdade, consoante afirma Borowski (2003, p. 191), “do princípio geral da igualdade decorre não apenas um dever de tratamento igual, mas também um dever de tratamento desigual”, e, conforme argumenta Fachin (2000, p. 294), “a igualdade também não corresponde à ausência de diferenciação”, pois “o seu primado também deve sugerir reconhecimento de certas diferenças”.

Outro não é o raciocínio de Sarmiento (2006, p. 161-162), o qual assinala que a Carta Magna de 1988 se fundamenta “numa concepção substantiva de isonomia” e, assim, “a igualdade, na ordem constitucional brasileira, não se resume à proibição de exclusão. Igualdade é também a obrigação de inclusão”.

É verdade que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, tendo em vista que a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema (MELLO, 1994). Contudo, não foi isto o que aconteceu com a criação da Lei nº 11.340/2006, conforme ressalta Souza (2007, p. 39):

O princípio da igualdade, preconizado no art. 5º da CRFB não proíbe, e, ao contrário, impõe que o legislador leve em conta a necessidade e conveniência de dar um tratamento diferenciado para viabilizar a efetiva realização dos valores ‘justiça’ e ‘igualdade’ que o Constituinte consagrou já no preâmbulo da Carta Política vigente e que esse papel foi desenvolvido na elaboração desta Lei 11.340/06, ao prever ações afirmativas em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar, como, aliás, já houvera feito no campo da legislação social em face do Trabalhador (CLT), da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e do Consumidor (Lei 8.078/90).

Desse modo, consoante Gomes (2003), a igualdade ordena ao legislador que preveja com idênticas consequências jurídicas os fatos que, em linha de princípio, sejam entre si comparáveis, permitindo-lhe efetivar diferenciações só em hipóteses em que ocorra uma causa objetiva, a qual acontece, justamente, quanto à violência doméstica e familiar praticada contra a mulher.

A diferenciação capitulada na Lei nº 11.340/2006 é, portanto, verdadeira ação afirmativa em prol das mulheres, com o intuito de fortalecer os desiguais no que eles têm de mais frágil. (BASTOS, 2007).

Este é o ensinamento de Vellasco (2007, p. 32-33):

Esse mecanismo é chamado na doutrina de discriminação positiva ou ação afirmativa. São medidas de cunho compensatório, de natureza especial e temporária, que têm por escopo aliviar o peso de um passado discriminatório sofrido por grupos que apresentem algum fator de vulnerabilidade, como as crianças, idosos, mulheres, afro-descendentes, portadores de deficiência física e outros. [...] As ações afirmativas emergiram da necessidade de o Estado levar em consideração fatores que histórica e culturalmente foram determinantes de exclusão, como cor, sexo, raça, criando meios de promover o acesso desses grupos à igualdade preconizada e assegurada pela constituição.

Gomes (2001, p. 6-7) conceitua o que seriam ações afirmativas:

Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade.

Destarte, as ações afirmativas devem nascer como a construção da igualdade colocada em movimento, tendo como objetivo a procura por um equilíbrio que possa efetivar a chamada “igualdade de oportunidades”, jamais contra as minorias, sempre se preocupando com a sua garantia de participação e, ainda, com o rompimento de preconceitos, não com a criação de novos. (VERUCCI, 1998).

Desse modo, ao prescrever a Lei Maria da Penha uma proteção especial para a mulher vítima de violência doméstica e familiar, a legislação está verdadeiramente efetivando o princípio da igualdade, através de uma discriminação positiva.

A diferença elementar entre a discriminação e a discriminação positiva é bem trabalhada por Moura (2005), a qual assevera que a primeira ocorre quando não há nenhum princípio a ser respeitado e/ou alcançado, enquanto a segunda, muito pelo contrário, acontece quando, ao se verificar a existência de desigualdades, almejando o respeito ao princípio da igualdade e de outros de especial relevância, interligados, estabelece-se na lei, ou em outros atos legais do Estado, a previsão de diferenças que permitam uma inclusão ou uma igualização.

Borges (2002, p. 67) utiliza uma metáfora denominada “corrida de obstáculos” para explicar melhor a conceituação de ação afirmativa, tendo em vista as reações que o tema desperta nos mais variados grupos:

Imaginem dois corredores, um amarrado e outro solto. É claro que o corredor solto ganha sempre. Mas um dia a platéia dessa competição imaginária

chega à conclusão de que essa situação é injusta. À custa de muita pressão, consegue-se convencer os organizadores a cortar as cordas que prendiam um dos corredores. Só que ele continua perdendo. Motivo: seus músculos estão atrofiados pela falta de treinamento. Se tudo continuar como está, a tendência é de que ele perca sempre. Que fazer para promover a igualdade de condições entre os dois corredores? Alguns sugerem que se dê um treinamento especial ao corredor que estava amarrado. Pelo menos durante algum tempo. Outros defendem uma medida mais radical: por que não lhe dar uma vantagem de dez metros em cada corrida? Logo se ouvem vozes denunciando que isso seria discriminação. Mas há quem defenda: discriminação, sim, mas positiva, porque visa promover a igualdade, pois tratar igualmente os desiguais é perpetuar a desigualdade.

Embora o mencionado debate ainda se revele muito incipiente e carregado de controvérsias no Brasil, povos do mundo inteiro convivem com essas políticas desde meados do século XX, sendo identificadas experiências de iniciativa do Estado em benefício de segmentos discriminados por questões de classe na Índia desde 1949, por questões de raça nos Estados Unidos e, também, por questões de gênero e de minorias étnicas no caso de países da Europa desde a década de 1970. (BORGES, 2002; CARVALHO, 2005; D'ADESKY, 2001; MEDEIROS, 2004).

É bem verdade que não se modifica um pensamento firmado historicamente, por intermédio da cultura do patriarcalismo, do dia para a noite, com a necessidade de muitas gerações na luta contra esse tipo de violência de gênero, para alcançar a sua superação.

A controvérsia acerca da constitucionalidade, ou não, da Lei Maria da Penha foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19, que foi proposta pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por meio da Advocacia-Geral da União, em face das várias decisões de juízes e tribunais assentando que a norma é inconstitucional. Assim, o intuito da proposição da ADC nº 19 foi acabar com tais discussões, sendo este alcançado, na medida em que a referida Corte de Justiça decidiu, na ocasião, e por

unanimidade, que o art. 1º da Lei nº 11.340/2006 respeita, sim, a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, na mesma data, o Pretório Excelso decidiu, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424, por maioria de votos, contra o voto do Ministro Cezar Peluso, então Presidente daquela conspícua Corte de Justiça, que a natureza da ação penal em delitos de lesão corporal, pouco importando a extensão, praticada contra a mulher no ambiente doméstico, é pública incondicionada, assim, não dependendo de representação criminal para a persecução penal.

Esta foi outra grande discussão advinda com a Lei Maria da Penha, trazendo, portanto, um aparente conflito entre as supracitadas decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que a primeira assentava a constitucionalidade do diploma, como uma verdadeira ação afirmativa para a proteção da mulher, vítima histórica da violência doméstica e familiar praticada pelo homem, enquanto a segunda assentava a desnecessidade de representação criminal daquela nos delitos de lesão corporal, independentemente da sua extensão, ou seja, assinalava, em outras palavras, que o interesse das mulheres para o processamento da ação penal não possuía qualquer relevância (do ponto de vista da instauração do processo, pois sob o olhar da prova, o seu depoimento continuava muito importante).

Isto porque a previsão da necessidade de representação criminal ao crime de lesão corporal leve está contida no art. 88 da Lei nº 9.099/1995, que reza: “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

Contudo, como registrado em tópico anterior, o art. 41 da Lei Maria da Penha afastou a aplicação da Lei nº 9.099/1995 aos crimes praticados com violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar; ao passo que o art. 16 daquele diploma transparecia manter a necessidade da representação, dispondo o seguinte:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Destarte, evidenciava-se uma forte contradição na Lei nº 11.340/2006 quanto à necessidade, ou não, de representação criminal nos crimes de lesão corporal leve que envolvessem a violência doméstica e familiar contra a mulher. Entretanto, antes de adentrar especificamente nessa discussão, calha pontuar o conceito do que seria representação criminal, que é definida por Bittencourt (2005, p. 335) como:

A manifestação de vontade do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, visando a instauração da ação penal contra seu ofensor. A representação, em determinadas ações, constitui condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa iniciar a ação penal.

Assim, a necessidade ou não de representação criminal está ligada ao tipo de ação penal, se privada ou se pública dependendo de representação ou não.

Essa divisão atende a motivos de política criminal, sendo descrita por Capez (2008, p. 537-538) da seguinte forma:

Há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse geral. Por isso, são puníveis mediante Ação penal pública incondicionada. Outros afetando imediatamente esfera íntima do particular e apenas mediatamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública, mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do ministro da justiça, conforme for. São as hipóteses de ação penal pública condicionada. Há outros que por sua vez, atingem imediata e profundamente o interesse do sujeito passivo da infração. Na maioria desses casos, pela própria natureza do crime, a instrução probatória fica quase que inteiramente na dependência do concurso do ofendido. Em face disso, o Estado lhe confere o próprio direito de ação, conquanto mantenha para si o direito de punir, a fim de evitar que a intimidade, devassada pela infração, venha a sê-lo novamente (e muitas vezes com maior intensidade, dada a ampli-

tude do debate judicial) pelo processo. São os casos de ação penal privada.

No sentido da imprescindibilidade de representação criminal para os delitos de lesão corporal leve praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, Mirabete (2007, p. 1042-1043) descreve:

Nos §§ 9º e 10 do art. 129, acrescentados pela Lei 10.886, de 17.6.2004, sob a nova rubrica Violência Doméstica, prevêem outras formas qualificadas de lesão corporal dolosa. No § 9º, que se aplica à lesão corporal leve (art. 129, caput), descrevem-se como qualificadoras algumas circunstâncias previstas como agravantes genéricas (art. 61, II, e e f) e que se referem a vínculos de parentesco, casamento, relação doméstica, de coabitação ou de hospitalidade, as quais já foram examinadas (item 61.4). Acrescentaram-se, porém as relações com companheiro ou pessoa com que conviva ou tenha convivido o agente, evitando-se a discussão nas hipóteses de união estável ou outro vínculo de relacionamento amoroso ou de estarem os cônjuges ou companheiros divorciados ou separados, judicialmente ou de fato, situações nas quais, por ausência de expressa previsão legal, ou porque não mais subsistente a necessária relação de fidelidade, no segundo caso, vinha-se afastando a agravante genérica. Deve-se incluir, porém, no alcance da norma também a vítima com quem desfrutava o agente de um convívio doméstico, ainda que de natureza diversa da relação conjugal ou união estável, como enteados, parentes, etc. A pena de detenção cominada para essa forma qualificada, que era de seis meses a um ano, foi alterada para três meses a três anos pela Lei 11.340, de 7.8.2006. Assim, embora leves as lesões, o crime praticado com violência doméstica não mais constitui infração de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95, com redação dada pela Lei 11.313, de 28.06.2006). A Lei 11.340 também acrescentou ao artigo o § 11, que determina o acréscimo de um terço, nas hipóteses

previstas no § 9º, se a vítima é pessoa portadora de deficiência. Constituindo a violência doméstica forma qualificada do crime de lesão corporal leve (art. 129, caput, e § 9º), a ação penal depende de representação do ofendido diante do que dispõe o art. 88 da Lei 9.099, de 26.9.1995.

Diverso não é o entendimento de Prado (2007, p. 86):

Embora de início tenha me inclinado, com muita resistência, a adotar a tese de que o crime de lesão corporal dolosa leve, em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, tenha voltado a ser de ação penal pública incondicionada, mudei de idéia (tenho, pois, de me retratar!). As teses de política criminal, assentadas no objetivo de pacificação social em mãos da vítima, não me seduzem, tampouco têm o poder jurídico de prevalecer sobre a Constituição da República, que atribui ao Legislativo o monopólio de traçar as linhas gerais de política criminal, valendo-se da lei. A melhor solução de política criminal estaria em atribuir ao Ministério Público, no âmbito da ação penal pública, espaço de atuação que à luz da lei permitisse explorar o caráter restaurativo de determinadas intenções ou mesmo abrir mão do exercício da própria ação penal quando este exercício viesse a ser considerado excessivo ou inadequado à tutela dos interesses da vítima. Não foi essa a escolha, e o confronto doutrinário entre opções político-criminais cede diante da legalidade constitucional. No caso da lesão corporal dolosa leve, todavia, não há como se interpretar literalmente o artigo 41 da Lei Maria da Penha. Menos porque o crime está definido no Código Penal e a Lei dos Juizados Especiais Criminais tenha sido empregada tão-somente como meio de modificar a disciplina geral da matéria, no Código Penal. [...] Com efeito, a mudança introduzida em nosso ordenamento, no que toca ao crime de lesões corporais leves, incorporou a experiência cotidiana de anos de aplicação do

Código Penal, com freqüente invocação de princípios de bagatela e de difusa ausência de interesse, em âmbito de política criminal, a justificar o emprego da sanção penal.

Este também é o raciocínio de Porto (2007, p. 48-53):

Sem sombra de dúvidas, se a exigência de representação é de fato uma medida despenalizadora, não menos certo é que deixar esta decisão no poder da vítima, que pode então utilizá-la como instrumento de barganha para uma justa reparação de danos civis, atende a dois objetivos: punir o sujeito ativo e beneficiar direta e imediatamente a própria vítima. Com efeito, é importante lembrar que o poder de representar pressupõe o de conciliar, de sorte que, mantida a representação, assegura-se também a conciliação e, nesse caso, o potencial de barganha da vítima, normalmente fragilizada e suscetível a acordos que lhe pudessem ser prejudiciais, é fortalecido pela faculdade de decidir acerca da deflagração do processo penal e pela inexistência de outras medidas despenalizadoras posteriores que poderiam ser ainda mais vantajosas ao varão agressor. [...] De início, o fato de o legislador ter retirado do texto original a literal referência à ação penal pública incondicionada tem uma explicação muito lógica: o texto tal como elaborado seria totalmente prejudicial à vítima mulher. Veja-se que o texto vertido no art. 30 do projeto original condicionava à representação, toda e qualquer violência doméstica e familiar contra a mulher. Destarte, considerando a amplitude dos arts. 5º e 7º da Lei 11.340/06, até mesmo delitos sexuais com violência real, tentativas de homicídio, extorsões, lesões graves, tortura, todos ficariam condicionados à representação, já que o dispositivo não fazia qualquer distinção. Por aí se vê que andou bem o legislador em retirar logo do texto um dispositivo tão nefasto. Diferente, é claro, quando se trata de lesões leves, traduzidas muitas vezes em algumas es-

coriações e equimoses. Por outra, o fato de tratar-se a violência doméstica contra a mulher de um atentado contra os direitos humanos, conforme estatui o art. 6º da LMP, também não impõe a conclusão de que se trate de um bem indisponível. É pacífico que a integridade física é disponível, salvo quando ameace significativamente a própria vida humana ou indique insanidade mental, tanto que cirurgias eletivas, inclusive plásticas, tatuagens, participação em esportes radicais, artes marciais, são considerados exercício regular de um direito. Ademais, há muitos outros direitos, normalmente classificados como direitos fundamentais, que também são disponíveis: a propriedade e a liberdade são exemplos disso. Veja-se que os próprios autores citados tecem críticas ao art. 6º da LMP, asseverando sua desnecessidade, visto que qualquer violência contra a pessoa representa um atentado contra os direitos humanos. [...] Concluindo, estamos em que a razão mais crucial e elevada para a admissão da representação, nos casos de lesões leves praticadas com violência doméstica contra a mulher, reside no caráter personalíssimo do fato, que recomenda, por ressalva à intimidade da própria vítima e ao seu livre-arbítrio, prevaleça sua vontade.

Assim, para os supracitados autores, não deve ser aplicado cegamente o art. 41 da Lei Maria da Penha, o qual afasta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais para os delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Gallotti (apud BARROSO, 2004, p. 128) afirma que a interpretação literal é a pior, lembrando que Clélia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito “um voto a Nossa Senhora de que não mais *veria* seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão”, supondo que estaria cumprindo o compromisso.

Isto porque a desnecessidade de representação criminal, pelo argumentado, colocaria em xeque a própria autonomia das vítimas.

Cumprir destacar que a Lei nº 11.340/2006 expressamente dispõe, no seu art. 16, que apenas seria admitida a renúncia à representação da

ofendida perante o juiz, em audiência especialmente designada para a dita finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Assim, para tal corrente, quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher, contra a vontade desta última, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, o seu direito e o seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido, o que significa o mesmo que negar o seu direito à liberdade, para tratá-la como se coisa fosse, submetida à vontade sim de agentes do Estado, os quais, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela tem o desejo de se relacionar, e a sua escolha deve ser sempre respeitada, pouco importando se ele é ou não um agressor, ou que não deseja que ele seja punido. (KARAM, 2006).

Há autores que questionam, inclusive, o fato de a retratação só ser realizada em juízo, como, por exemplo, Pessoa de Mello (2010), que aduz que tal audiência já suscita interpretações ambivalentes: a primeira é para garantir que a renúncia nunca resulte de qualquer espécie de pressão ou ameaça do agressor, sendo, assim, uma forma de proteger a mulher, como se esta não pudesse ser efetivada antes da citada audiência; enquanto que a segunda perspectiva trata a mulher como um ser incapaz de tomar as suas próprias decisões.

Dias (2004) concordava com a tese de que o delito de lesões corporais leves era de ação penal pública incondicionada. Ela afirmava que ao condicionar a ação penal relativa às lesões corporais leves à representação, o Estado se omitia de sua obrigação de punir, pois:

Existe um desequilíbrio entre agressor e agredido, uma hierarquização entre ambos. A punição, nesses casos, certamente não ocorre, pois não há como exigir que o desprotegido, o hipossuficiente, o subalterno venha a formalizar queixa contra o seu agressor. Dentro dessa categoria não se pode deixar de enquadrar a mulher, a criança e o adolescente, pois os delitos contra eles, em sua maciça maioria, são praticados por maridos, companheiros ou pais, ou seja, pessoas com quem convivem e mantêm relações de afeto. (DIAS, 2004, p. 64).

Todavia, a dita autora acabou migrando de corrente para entender justamente o contrário agora, argumentando que o instituto da representação se constitui numa poderosa arma para as vítimas, pois a decisão de processar ou não o agressor está nas suas mãos. Ela frisa:

Certamente as chances de um acerto do conflito entre as partes são muito maiores se a vítima tiver a faculdade de fazer uso, como instrumento de negociação, do direito de livrar o agressor do processo criminal. Esta arma, que pode ser utilizada para exercer pressão psicológica, assegura o equilíbrio entre as partes. Literalmente a sorte do varão está nas mãos da mulher. Invertem-se os papéis. Assim, com mais facilidade o juiz poderá obter sucesso e conseguir que as partes façam acordo e acertem a separação, alimentos, visitas e partilha de bens. (DIAS, 2007, p. 120).

Dessa forma, Dias (2007) bem assevera que não existe motivo para continuar a demanda de natureza penal quando já resolvidas as questões que mantinham a situação conflitiva do casal, até mesmo porque, quando o conflito é resolvido entre o agressor e a vítima, esta provavelmente não irá contribuir para a apuração do delito, ensejando, portanto, a absolvição do acusado; possuindo a Lei Maria da Penha um caráter mais protetivo à vítima do que punitivo ao agressor.

A referida autora, assim, pontua:

De todo descabido que, solvidas todas as controvérsias que mantinham o casal em situação de conflito, ainda assim, instaure-se a ação penal. Às claras que a vítima não tem mais interesse em dar seguimento à representação levada a efeito. Certamente ela em nada contribuirá para a apuração do delito. O resultado da investigação ninguém duvida qual seja. O inquérito não será remetido a juízo pela autoridade policial ou o Ministério Público não oferecerá denúncia. Ainda que venha a ser instaurada a ação penal, o juiz acabará absolvendo o réu por falta de provas. Portanto, havendo composição e solvendo-se a situação de conflito entre as partes, é justificável

admitir a possibilidade de a vítima obstar o prosseguimento da demanda penal. (2007, p. 120).

Desse modo, para alguns autores como Romeiro (2009), a ação penal pública incondicionada é entendida como um grave retrocesso no direito de representação da vítima, e, para Azevedo e Celmer (2007), a Lei nº 11.340/2006 não recepcionou o paradigma de gênero, em face da exclusão da participação da mulher na discussão do problema, o que inviabiliza uma solução satisfatória para o conflito.

A questão da representação incondicionada e renúncia somente perante o juiz ensejam, assim, uma discussão sobre escolha e autonomia das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Karam (2006, p. 3), partindo de uma perspectiva mais radical, aduz que “a mulher passa a ser assim objetivamente inferiorizada, ocupando uma posição passiva e vitimizadora”, tratada como alguém que não tem capacidade de tomar decisões por si própria.

Contudo, existem vozes em contrário, como a de Nucci (2007, p. 585-586):

Se alguma vantagem houve, está concentrada na ação penal, que passa a ser pública incondicionada, em nossa visão, retornando para a iniciativa do Ministério Público, sem depender da representação. Isto porque o art. 88 da Lei 9.099/95 preceitua que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves (prevista no *caput* do art. 129) e lesões culposas (constante do § 6º do mesmo artigo). Ora, a violência doméstica, embora lesão corporal, cuja descrição típica advém do *caput*, é forma qualificada da lesão, logo, não mais depende de representação da vítima.

Suscitada a referida questão no Poder Judiciário, inúmeras foram as decisões em ambos os sentidos, tendo o Superior Tribunal de Justiça chegado a entender no caminho da desnecessidade da representação criminal, conforme transcrito abaixo.

1. Esta Corte, interpretando o art. 41 da Lei 11.340/06, que dispõe não serem aplicáveis aos crimes nela pre-

vistos a Lei dos Juizados Especiais, já resolveu que a averiguação da lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher independe de representação. Para esse delito, a Ação Penal é incondicionada (REsp. 1.050.276/DF, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 24.11.08). 2. Se está na Lei 9.099/90, que regula os Juizados Especiais, a previsão de que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais e lesões culposas (art. 88) e a Lei Maria da Penha afasta a incidência desse diploma despenalizante, inviável a pretensão de aplicação daquela regra aos crimes cometidos sob a égide desta Lei. (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 91540/MS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, decisão unânime, julgado em 19/02/2009, DJ de 13/04/2009).

Contudo, a partir do julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 113608, a referida Corte de Justiça começou a modificar tal entendimento, aduzindo, naquele julgado, a necessidade da representação criminal para apuração e processamento dos crimes de lesão corporal de natureza leve praticados contra a mulher no ambiente do lar:

1. O art. 16 da Lei nº 11.340/06 é claro ao autorizar a retratação, mas somente perante o juiz. Isto significa que a ação penal, na espécie, é dependente de representação. 2. Outro entendimento contraria a nova filosofia que inspira o Direito Penal, baseado em princípios de conciliação e transação, com o objetivo de humanizar a pena e buscar harmonizar os sujeitos ativo e passivo do crime. (Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Habeas Corpus nº 113608/MG, rel. Min. Og Fernandes, rel. para acórdão Min. Celso Limongi, decisão por maioria, julgado em 05/03/2009, DJ de 03/08/2009).

I - A intenção do legislador ao afastar a aplicação da Lei nº 9.099/95, por intermédio do art. 41 da Lei Maria Penha, restringiu-se, tão somente, à aplicação de seus institutos específicos despenalizadores - acordo

civil, transação penal e suspensão condicional do processo. II - A ação penal, no crime de lesão corporal leve, ainda que praticado contra a mulher, no âmbito doméstico e familiar, continua sujeita à representação da ofendida, que poderá se retratar nos termos e condições estabelecidos no art. 16 da Lei nº 11.340/06 (Precedentes). (Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 137620/DF, rel. Min. Felix Fischer, decisão por maioria, julgado em 08/09/2009, DJ de 16/11/2009.)

A questão tão somente restou assentada jurisprudencialmente de vez quando o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4424, proposta pelo Procurador-Geral da República, dando interpretação conforme aos regramentos contidos nos arts. 12, I, e 16, ambos da Lei Maria da Penha, para o fim de decidir que a natureza da ação penal nos delitos de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico é pública incondicionada, pouco importando a sua extensão.

Concorda-se com esta última posição, pois se entende que no contexto atual, em que a mulher se encontra subalternizada pelo homem, fruto da cultura de ordem patriarcal herdada, impõe-se a desnecessidade da representação criminal, pois é a melhor maneira de protegê-la da violência praticada no âmbito doméstico, finalidade principal da norma constitucional inserta no art. 226, § 8º, da Constituição Federal.

Tal perspectiva é decorrente de o Brasil não ter alcançado a transversalidade de gênero, que, conforme registrado outrora, objetiva incorporar as relações entre os sexos nos processos decisórios, contribuindo na construção da igualdade de gênero também nas políticas públicas brasileiras, que, por sua vez, traduz-se numa questão altamente complexa, em face das limitações impostas pelo sistema capitalista e pela dominação/exploração inerente ao patriarcalismo, impedindo uma maior autonomia da mulher.

Nesse espectro, não basta que as políticas públicas incorporem as mulheres como beneficiárias, como grupo vulnerável, sem, todavia, questionar, e incidir sobre “a distribuição de poder assimétricas nos níveis micro e macro, envolvendo todos os tipos de relações, no campo político, econômico e social”. (ROCHA; DIAS; LEMOS, 2012, p. 20).

Desse modo, constata-se que o conflito entre as decisões do Pre-
tório Excelso proferidas na ADC nº 19 e na ADI nº 4424 é meramente
aparente, pois o papel da mulher no contexto da violência doméstica
e familiar contra sua pessoa continua em evidente destaque no cená-
rio brasileiro e, especialmente, do ponto de vista jurídico-interpretativo
constitucional, não se revelando a decisão do STF neste último julgado
como atentatória à autonomia e à dignidade da mulher, pois, muito ao
contrário, visa que esta saia do estado de subordinação que se encontra
frente ao homem.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CELMER, Elisa Girotti. Violência
de gênero, produção legislativa e discurso punitivo uma análise da Lei nº
11.340/2006. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6.
ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica contra a mulher: Lei nº
11.340/06. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 37, jan. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Sa-
raiva, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo:
Malheiros, 2006.

BORGES, Edson. **Racismo, preconceito e intolerância**. São Paulo: Atual,
2002.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bo-
gotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo:
Saraiva, 2008.

CARVALHO, José Jorge. **Inclusão étnica e racial no Brasil**: a questão das cotas no ensino superior. São Paulo: Altar Editorial, 2005.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. O novo fundamento para a decretação da prisão preventiva: a distinção de gênero como um dos pressupostos. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'ADESKY, Jacques. **Pluralismo étnico e multiculturalismo**: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha**: lei com nome mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim IBCCRIM**, ano 14, n. 168, nov. 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

MEDEIROS, Carlos Alberto. **Na lei e na raça: legislação e relações raciais, Brasil - Estados Unidos**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. **A finalidade do princípio da igualdade: a nivelção social: interpretação dos atos de igualar**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PESSOA DE MELLO, Marília. A Lei Maria da Penha e a força simbólica da “nova criminalização” da violência contra a mulher. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza, 2010. p. 936-950.

PIAZZETA, Naele Ochoa. **O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PRADO, Geraldo. **Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes; DIAS, Marly de Jesus Sá; LEMOS, Silse Teixeira de Freitas. **Pesquisa organismos executivos de po-**

líticas para as mulheres no Maranhão: desafios e perspectivas. Relatório apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. GERAMUS, São Luís, 2012.

ROMEIRO, J. A Lei Maria da Penha e os desafios da institucionalização da “violência conjugal” no Brasil. In: MORAES, A. F.; SORJ, B. (Org.). **Gênero, violência e direitos na sociedade brasileira.** Rio de Janeiro: 7 Letras, 2009, p. 49-74.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Kalina Vanderlei; SILVA, Maciel Henrique. **Dicionário de conceitos históricos.** São Paulo: Contexto, 2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher.** Curitiba: Juruá, 2007.

VELLASCO, Edson Durães de. **Lei Maria da Penha:** novos instrumentos penais e processuais penais para o combate à violência contra a mulher. 2007. 79 f. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) – Centro Universitário do Distrito Federal, Instituto de Cooperação e Assistência Técnica. Brasília, 2007.

VERUCCI, Florisa. **Igualdade formal, igualdade material:** ações afirmativas. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

UMA DISCUSSÃO ACERCA DOS INTERESSES CONFLITANTES EM MATÉRIA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

*Thiago Allisson Cardoso de Jesus **

Resumo: Discussão sobre os interesses em matéria de segurança pública no Estado Democrático de Direito Brasileiro. O Estado monopolizou o direito de punir a fim de prover o equilíbrio e a ordem na sociedade; todavia, a criminalidade violenta redimensiona hábitos e influencia o comportamento dos diversos sujeitos, ressaltando-se o elemento medo na cultura e a chamada sociedade da insegurança, marcada por riscos e vulnerabilidades, sobretudo, como manifestação da questão social em países dependentes como o Brasil. Neste contexto, as políticas públicas de segurança emergem como instrumentais de efetivação do direito fundamental à segurança pública. Analisam-se, sem fito de esgotamento da temática, a confluência dos interesses que perpassam a atuação dos variados sujeitos, racionalidades e paradigmas teóricos em uma relação contraditória e dinâmica própria do processo das políticas públicas. Portanto, apresenta-se breve reflexão acerca dos interesses, racionalidades e sujeitos que modelam as práticas no âmbito do Estado Brasileiro.

Palavras-chave: Segurança Pública. Interesses e Racionalidades. Conflitos teóricos e ideológicos.

Abstract: Talk about interests on public safety in a democratic state of Brazilian law. The state monopolized the right to punish in order to provide balance and order in society; however, violent crime resizes habits and influences the behavior of the various subjects, emphasizing the fear element in culture and insecurity as

* Advogado. Doutorando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Políticas Públicas (UFMA), Especialista em Direito Público (UCAM) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professor Universitário de Direito Processual Penal e Constitucional. Professor colaborador do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal do Maranhão. Ministrou o módulo “Teoria do Conflito” na Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão. Associado ao CONPEDI e ao IBCCRIM. E-mail: t_allisson@hotmail.com

society, marked by risks and vulnerabilities, especially as a manifestation of the social question in dependent countries like Brazil. In this context, public security policies emerge as instrumental realization of the fundamental right to public safety. Are analyzed without phyto-exhaustion of the theme, the confluence of interests that underlie the performance of various subjects, rationale and theoretical paradigms in a contradictory relationship and the dynamics of the process of public policy. Therefore, we present brief reflection on the interests, rationalities and subjects that shape the practices within the Brazilian State.

Keywords: Public Safety. Interests and rationalities. Theoretical and ideological conflicts.

1 PRELIMINARES

Hodiernamente, o Estado se caracteriza pela detenção do monopólio do direito de punir. Para tanto, necessário que este se legitime para o gozo do monopólio deste. Neste liame, as teorias de *Hobbes* e *Weber* justificam e legitimam este *atuar* ímpar estatal em prol da manutenção do equilíbrio e da ordem.

Com base no estado de natureza *hobbesiano*, os homens, usufruindo de sua liberdade de escolha, podem aspirar às mesmas coisas encontrando-se em uma situação de permanente possibilidade de conflito visto que

cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. (HOBBS, 1998, p. 74).

Neste mister, a fim de prevenir esta situação de *guerra de todos contra todos*, Hobbes defendeu a existência de um Estado governado por

um soberano, exteriorizado e legitimado por um contrato entre os homens. O pensamento *hobbesiano* indica, pois, que “os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar segurança a ninguém”. (HOBBS, 1998, p. 103).

Já partindo do pressuposto que o Estado seria “uma relação de dominação de homens sobre homens apoiada no meio da coação legítima” (WEBER, 1999, p. 526), o entendimento *weberiano* apoia-se na máxima que o Estado é a única fonte do *direito* de exercer a coação e que outras pessoas e instituições só podem se apossar de tal direito se o Estado assim permitir. O modelo weberiano de Estado concentrou, pois, o poder em suas “mãos”, amparado pelo processo de racionalização da convivência, centralizando o monopólio legítimo da violência pois a coação seria um meio normal ou o único para se manter forte diante de todos, uma vez que o que está em jogo é o poder¹.

Ainda de acordo com a concepção weberiana, sublinha-se a análise acerca da desconcentração do monopólio da violência pelo Estado que passa a ser utilizada, paralelamente, por pequenos grupos, consequência das transformações advindas dos tempos atuais no processo de socialização e na governabilidade².

Sobreleva ressaltar que não obstante a presença de um Estado que monopoliza o direito à força por almejar, de forma idealizada, a pacificação das relações sociais; a violência é um fenômeno multifacetado, expressando-se por todo tecido social e influenciando os comportamentos de diversos sujeitos na contemporaneidade.

Sem dúvida, a violência constitui uma importante e desafiadora expressão da questão social. A ela, somam-se todos os desdobramentos gerados pelo sistema capitalista de produção, tais como o desemprego

¹ Neste sentido, o conceito de Estado dialoga intimamente com o de violência. Para Dreiffuss (1993, p. 86), “se não existissem instituições sociais que conhecessem o uso da violência, então o conceito de “Estado” seria eliminado, e emergiria uma situação que poderia ser designada como anarquia, no sentido específico da palavra. Claro, a força certamente não é o único nem é o meio normal do Estado – ninguém está dizendo isso – mas a força é um meio específico do Estado. Hoje a relação entre o Estado e a violência é especialmente íntima”.

² Trata-se de influência que remodela, inclusive, a forma de atuar do Estado. Para Wiewiorka (1997, p. 19), “pela intervenção de seus agentes, pode praticar ou encobrir uma violência legítima, contrária a seu discurso oficial, como acontece em países democráticos onde existem a tortura, os abusos policiais ou militares de todo gênero, ou ainda a delegação do uso da força a atores privados que a exercem em proveitos de seus próprios interesses”.

estrutural, o assalariamento precário, o desmonte dos direitos sociais, fortalecendo o que se convencionou chamar de *sociedade de insegurança*, nomenclatura utilizada para expressar o contexto no qual

as sociedades modernas são construídas sobre o terreno da insegurança, porque são sociedades de indivíduos que não encontram, nem em si mesmos, nem em seu entorno imediato, a capacidade de assegurar sua proteção [...] O sentimento de insegurança não é exatamente proporcional aos perigos reais que ameaçam a população. É antes um efeito de desnível entre uma expectativa socialmente construída de proteções e capacidades efetivas de uma determinada sociedade de colocá-las em prática (CASTEL, 2005, p. 09).

Nesta feita, visualiza-se a relação entre as violências e o contexto de desigualdade, exclusão e fragilização das relações sociais e do mundo do trabalho. Assim, a *questão social*, termo com gênese baseada no sistema capitalista de produção, manifesta uma contradição fundamental deste modo de produzir. Consoante Telles (1996, p. 85),

ao utilizarmos a análise da categoria questão social, estamos realizando uma análise na perspectiva da situação em que se encontra a maioria da população – aquela que só tem na venda de sua força de trabalho os meios para garantir sua sobrevivência. É ressaltar as diferenças entre trabalhadores e capitalistas, no acesso a direitos, nas condições de vida; é analisar as desigualdades e buscar formas de superá-las. É entender as causas das desigualdades e o que essas desigualdades produzem na sociedade e na subjetividades dos homens.

Neste intuito, discute-se a importância dos meios de controle social³, entendidos como o conjunto de mecanismos e sanções sociais que

³ Conforme Bobbio, Matteucci e Pasquino (1995), controle social é todo mecanismo que implica uma limitação no agir individual, com base em um ser coletivo que nasce da livre associação de todos os homens que renunciam a exercer a própria vontade humana em prol de uma convivência coletiva mais harmônica.

pretende submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. Assimilar a função dos instrumentos de controle social na sociedade capitalista contemporânea, marcada por um ritmo acelerado de crescimento e por um imenso contingente de marginalizados, faz com que a temática da violência seja visualizada e interpretada sob um paradigma interdisciplinar que, certamente, enfatiza mais os interesses e racionalidades das políticas públicas do que o mero tratamento policial de outrora.

Ao perceber que a segurança pública constitui um direito fundamental previsto pela Constituição de 1988, titularizado por toda comunidade política e um desmembramento direto do direito à paz, passa-se a discutir seu conteúdo e os instrumentais para efetivação⁴ deste direito declarado e, portanto, integrante do acervo jurídico dos indivíduos.

Para que tal direito se efetive e traga alguma transformação para a realidade prática, necessária se faz a atuação do Estado a fim de que implemente uma política pública capaz de concretizar o anseio que perpassa tal direito constitucionalmente previsto. Ao se falar em política pública, destacam-se as contradições e diversidades que norteiam todo o processo pelo qual esta se desenvolve. Logo, não há um percurso linear, tampouco consensual, nesta seara. Coadunamos com o pensamento que

toda política pública é tanto um mecanismo de mudança social, orientado para promover o bem-estar de segmentos sociais, principalmente os mais destituídos, devendo ser também um mecanismo de distribuição de renda e de equidade social, vista como um mecanismo social que contém contradições [...] A política pública é uma resposta decorrente de pressões sociais a partir de ações de diferentes sujeitos que sustentam interesses diversificados. Por-

⁴ Por efetivação, na obra de Barroso (2010, p.82), entende-se todo o processo de “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”. Com este autor, concorda-se que o pressuposto básico para a efetivação de um direito é entender que este foi positivado, revelado em norma, para concretizar-se, ou seja, realizar-se, tornar-se real.

tanto, serve a interesses também contraditórios, que ora se situam no campo do capital, ora no campo do trabalho [...] (SILVA, 2008, p. 90).

Em se tratando de segurança pública, especificamente, o *Caderno de Gestão de Políticas Públicas Cidadãs*, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe, entende que uma *política pública de segurança* constitui

um conjunto de intervenções públicas levadas a cabo por diferentes atores estatais e sociais (públicos e privados) com o fim específico de abordar e resolver aqueles riscos e conflitos (concretos ou previsíveis) de caráter violento e/ou delitivo que provoquem lesões aos direitos e liberdades das pessoas em um determinado âmbito espacial e temporal. Trata-se, pois, de uma política de controle de violência e do delito, mediante prevenção, repressão e investigação administrativa dos mesmos e/ou persecução penal dos responsáveis pelos delitos (PNUD, 2006, p. 2).

Atualmente, a política de atendimento pelo Estado, no que tange à efetivação do direito fundamental à segurança pública é desenvolvida, em natureza complementar, pelos municípios, estados e pela União. Todavia, após constatação de que o crescimento da criminalidade se dá em dimensão urbana e atinge áreas determinadas e grupos específicos e que o contexto local é favorável à participação das variadas instituições e movimentos na gestão constitucional da política pública de segurança, defende-se o fortalecimento da descentralização destas políticas. Mesquita Neto (2006, p. 7) afirma que o descentralizar facilita:

- a) o desenvolvimento de políticas adequadas à realidade local, sensíveis às expectativas da população;
- b) o estabelecimento de parcerias entre agências governamentais e entre estas e a sociedade;
- c) a operação de instrumentos democráticos de controle, monitoramento e avaliação das políticas públicas.

Neste viés, visualizando a necessária qualificação referentes à cidadania das políticas públicas⁵ desenvolvidas em contexto local, Mesquita Neto (2006, p. 8) entendeu que:

Políticas municipais de segurança cidadã são políticas orientadas para a redução de crimes e violências e para a promoção da segurança do cidadão. Pensadas desta forma, podem ser desenvolvidas não apenas de forma reativa, após a emergência ou crescimento de problemas de crime, violência e insegurança, mas ainda de forma pró-ativa, a fim de evitar a emergência ou crescimento destes problemas.

Em que pese todo o exposto, a descentralização e o desenvolvimento destas políticas, entre outras diretrizes, encontram barreiras nos interesses e racionalidades subjacentes à atual política de atendimento desenvolvida pelo Estado Brasileiro na área de segurança pública.

Norteadada por vários paradigmas teóricos e marcada por um histórico desgoverno, a política de segurança pública brasileira legitimou-se numa atuação predominantemente de cunho repressivo. Problematisa-se: quais são as racionalidades e os interesses que estão embaixo do *véu* das políticas de segurança pública desenvolvidas pelo Estado? Quem são os sujeitos envolvidos no processo das políticas públicas e quais seriam as suas influências no *desenrolar* destas? Quais são as perspectivas destas políticas públicas de segurança desenvolvidas sob a égide de um Estado Democrático de Direito?

⁵ A opção pela expressão segurança cidadã, segundo Mesquita Neto (2006), deve-se ao fato de que durante os regimes ditatoriais no Brasil, a temática da segurança pública foi confundida e tratada como assunto apenas ou prioritariamente relacionado às forças policiais e às forças armadas, ficando excluídas do desenvolvimento todas as outras organizações do sistema de justiça criminal e as organizações da sociedade civil. A qualificação cidadã para a política de trato à segurança pública manifesta, corroborando com Mesquita Neto (2006), uma diferença formal e material entre as políticas de segurança pública desenvolvidas durante os regimes autoritários e as políticas de segurança pública estruturadas depois da transição para a democracia e, ainda mais, durante o seu processo de maturação.

2 VIOLÊNCIA, SEGURANÇA PÚBLICA E OS PARADIGMAS NOR-TEADORES DAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe (PNUD) entende que identificar as razões pelas quais as práticas delitivas ganharam visibilidade⁶ e, por conseguinte, os índices de violência aumentaram, sem precedentes, nas últimas décadas e analisar o impacto deste fenômeno no desenvolvimento humano e na governabilidade democrática são imprescindíveis para a concepção de políticas públicas de segurança efetivas para o enfrentamento da questão.

Por esta visão, o PNUD (2006) elencou as causas da violência em sociais e institucionais; *aquelas* compreendidas como as que estão diretamente vinculadas às transformações profundas ocorridas na região e construídas historicamente e *estas* como as resultantes da incapacidade das instituições governamentais de controlar o aumento da violência e do delito.

Dentre as causas sociais, citam-se o processo de marginalização e pobreza; as atitudes culturais que fortalecem o uso da violência nas relações sociais e que relativizam conceitos de proteção dos direitos e garantias individuais; o crescimento desordenado das cidades e agrupamentos e a ausência ou ineficiência de políticas sociais que desfavorecem o ingresso no mercado formal de trabalho; a deterioração da situação familiar e o afastamento da vida em comunidade, fragilizando o processo de socialização do indivíduo que deveria ocorrer naturalmente no âmbito da estrutura social (PNUD, 2006). A violência, portanto, poderia ser justificada em virtude do ambiente socioeconômico. Neste mister, refletindo sobre o sistema capitalista de produção e suas implicações, entende Pimenta (1997, p. 20) que

o modelo traçado pela nossa sociedade cria um regime de competição, de concorrência e de desorganização do tecido social, fazendo com que a vida social

⁶ Para fins de delimitação no presente artigo, frisa-se que o CIIP identifica cinco tipos de violência e que são classificadas segundo o maior ou menor grau de visibilidade. Assim, “são identificadas como violências visíveis os tipos coletivo e institucional. Em segundo lugar, temos as violências invisíveis que abarcam todos os tipos de violência estrutural e cultural. Por último, numa situação intermediária de violência semi-invisível ou parcialmente visível, temos o tipo de violência social” (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E FORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002, p. 33).

percorra um campo de batalha nocivo. O interesse coletivo deixa de fazer parte dos objetivos e das preocupações nas relações interpessoais e grupais. As possibilidades coletivas de interação estão cada vez mais sendo substituídas pelos interesses da sobrevivência e dos negócios.

Assim, contextualiza-se, cristalinamente, uma estruturação social que favorece a situação de marginalização a que estão submetidos aqueles que não estão devidamente posicionados dentro do sistema e que torna os indivíduos vulneráveis dentro de uma ambiência de desemprego, de precárias condições de moradia, de saúde, de atendimento educacional etc. Aliadas às causas sociais, o PNUD identifica as possíveis razões institucionais, compreendendo o histórico desgoverno da segurança na América Latina como legitimador de uma concepção de segurança pública como tema estritamente policial, excluindo-se, assim, toda a participação da comunidade, dos governos locais, reduzindo, portanto, as políticas de segurança pública a técnicas policiais reativas, inexistindo a habilidade de desenvolvimento de políticas preventivas sociais ou situacionais (PNUD, 2006).

A sociedade, interessada na efetivação do direito à paz, por seu turno, encontra-se cada vez mais sensibilizada pelo reconhecimento do medo como elemento inerente à realidade atual.

Segundo Pastana (2003), o medo experimentado sempre esteve aliado a determinados acontecimentos que poderiam trazer sérios riscos à vida e às liberdades. Assim, a mesma sociedade contemporânea que pleiteia a intervenção mínima do Estado na ordem econômica justificado no primado da livre iniciativa, exige, paradoxalmente, *mais Estado* para conter a violência criminal⁷. Norteada pelo medo generalizado e em busca de

⁷ Destarte, Andrade (2003, p.26) concluiu que “[...] a expansão punitiva – maximização do espaço da pena – é apresentada em espetacular orquestração jurídica, política e midiática, com o mesmo absolutismo com que a globalização neoliberal se apresenta, a saber, como caminho único, seja como pretensa solução para uma infinidade de problemas complexos e heterogêneos entre si – como meio ambiente, violência contra a mulher, violência no campo e no trânsito, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, corrupção e assédio sexual – de tal modo que se pode falar de um fundamentalismo punitivo, por analogia a outros de nosso tempo como o religioso, o econômico e político. E este fundamentalismo agudiza, por sua vez, os déficits de construção de cidadania que estão na base, no mais das vezes, daqueles problemas”.

segurança para os bens que esta elegera como fundamentais, procura proteção baseada no rigor punitivo estatal. Permeados pela cultura do medo, novos comportamentos e hábitos surgem, tais como os altos muros que rodeiam as residências; o uso de cercas elétricas e modernos sistemas de seguranças, de câmeras e alarmes; o crescimento visível das empresas privadas de vigilância; e ampla circulação e emissão de portes de arma a fim de garantir aquilo que fora denominado como *segurança pessoal*.

Este ambiente de medo e insegurança também é elemento importante para a discriminação e estigmatização de grupos sociais pelo quais alguns determinados indivíduos e/ou coletividades são considerados perigosos, tão-somente pela etnia, pelo local onde residem, pelas roupas que vestem e pela condição socioeconômica que manifestam.

Sobreleva ressaltar, ainda, o intenso apelo das mídias, entendidas hodiernamente como sujeito no processo das políticas públicas, que inseridas num contexto de cultura de massas acabam por corroborar com um clima de clamor social e de absoluto e cego repúdio ao cometimento de delitos e violências. Descomprometida, pois, com os valores éticos e cívicos e, tampouco, com os direitos e garantias fundamentais previstos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, a mídia ajuda a construir, legitimada pelos sentimentos que emanam do corpo social, a figura do “condenado”, do “inimigo”, “do outro diferente”⁸ que deve ser combatido “nos rigores da lei” a fim de estabelecer a paz e a incolumidade das pessoas e de seus patrimônios e valores.

O medo, portanto, é um dos conteúdos que revestem e legitimam, devida e indevidamente, variados interesses e racionalidades em matéria de segurança pública. Entende-se que

o medo é, assim, útil para os políticos; para os empresários de segurança privada; para os noticiários da imprensa falada e escrita; para dar legitimidade ao discurso dos pais que controlam o comportamento de seus filhos para reforçar discriminações etc. Embora não tenhamos a certeza de que vivemos

⁸ Com Baratta (1993) e Andrade (1994), o sistema criminal que “identifica e elege o inimigo” é um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes e por meio desta reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar deste.

num ambiente perigoso, a mera suposição do perigo pode ser útil para justificar ações e comportamentos e até mesmo para aquecer mercados e legitimar políticas (PASTANA, 2003, p. 193).

Marcada por um histórico de influências externas, no Brasil o *issue* da segurança pública já faz parte da agenda política há tempos, com ênfase, notadamente, no seu viés repressivo. Logo, no período colonial já se tinha uma estrutura bipartida de polícia: uma civil e outra militar. No Império, ocorreu uma ampla reforma nas instituições que exerciam a força armada, diminuiu-se o contingente do Exército e extinguiu as milícias e ordenanças. No período republicano, houve a extinção da Guarda Nacional e foi mantida a determinação expedida nos últimos decênios do Império de retirar o Exército das ações cotidianas de policiamento e competindo, então, às polícias a promoção de segurança dos indivíduos (FARIA, 2007). Dessarte, para Soares (2008, p. 01), quando da passagem do Estado Ditatorial para o Democrático, todas as instituições públicas foram revistas e seus procedimentos reajustados ao novo modelo pautado no respeito e efetivação de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988, todavia,

uma instituição foi esquecida nas trevas do passado autoritário: a polícia. Conservadores, liberais e progressistas debateram o destino de cada órgão público, discutiram propostas antagônicas e disputaram a liderança de cada processo de reforma [...] As correntes de opinião deixaram de apresentar à discussão pública projetos que adequassem a polícia à democracia.

Envolvidos numa grande gama de interesses que, em algum momento, convergem para o anseio por segurança pública e, portanto, pela paz; e por racionalidades marcadas pelo imediatismo e por sentimentos de insegurança, urge discutir qual seria um modelo de política pública de segurança mais adequado ao Estado Democrático de Direito⁹. Assevera Rolim (2006, p. 21) que

⁹ Com Reale (2010), entende-se que a Assembleia Constituinte não desejou que esta concepção de Estado inaugurado em 1988 se reduzisse à formalidade do Estado ser constituído em conformidade com o Direito; mas objetivou deixar cristalino que o Estado deve ter origem

garantir a segurança é, por certo, uma missão fundamental para as forças policiais. Mas, só para elas? Será possível imaginar a garantia da segurança pública sem o concurso de várias agências governamentais, sem uma política de segurança que envolva áreas tão dispares como a educação, a saúde, a geração de emprego e renda e as oportunidades de lazer? E mais será possível imaginar a garantia da segurança pública exclusivamente através dos papéis a serem cumpridos pelo Estado, sem considerar as ações das pessoas e o papel da sociedade civil?

Inserida em um contexto de vários paradigmas teóricos, urge a efetivação do direito fundamental à segurança pública previsto na Constituição. O processo de *concretização* deste direito dar-se-á, dialeticamente, num ambiente de múltiplas relações: por um lado, as influências norte-americanas de uma política de eliminação de inimigos e, no polo conflitante, a Escola da Defesa Social e da Cidadania que corrobora com o entendimento que é preciso assegurar condições dignas de existência aos indivíduos a fim de que eles se desenvolvam e adentrem a um processo civilizatório avançado.

Com existência e influência devidamente admitidas no âmbito do Estado Democrático de Direito – que se baseia na coexistência de doutrinas plurais e razoáveis (RAWLS, 2006), o *Movimento de Lei e Ordem* é um destes paradigmas teóricos que influenciam a construção das políticas públicas de segurança no Brasil e possui um viés repressor em conformidade com os velhos parâmetros do regime *punitivo-retributivo*. Nas lições de Araújo Junior (1991, p. 71), os defensores deste movimento acreditam que:

os espetaculares atentados terroristas, o *gangsterismo* e a violência urbana somente poderão ser controlados através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Estes seriam os únicos meios eficazes para

e finalidade de acordo com um Direito manifestado, livre e originariamente, pelo próprio povo. Logo, consoante este autor, o elemento democrático indica que o Estado Brasileiro atual foi fundado nos valores fundamentais da comunidade política atual.

intimidar e neutralizar os criminosos e, além disso, capazes de fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, aos que não delinqüem.

Molina (2006) aduz que a política criminal desenvolvida nas *sociedades do medo e da insegurança* está umbilicalmente ligada aos Movimentos de Lei e Ordem, relacionando-se aos seus principais interesses e racionalidades. Para ele, os poderosos grupos de pressão, dentre os quais a mídia, as diversas comunidades e instituições têm grande influência nas decisões dos poderes públicos. Com muita propriedade, o autor apregoa que a política criminal deve ser respaldada na razão, não na paixão, e que o *medo* só gera *medo*, pânico e distorções. Trata-se do preocupante problema do *medo do delito*: altera os estilos de vida, gera comportamentos insolidários para outras vítimas, enfim, explica políticas criminais de inusitado rigor.

Em uma dimensão diametralmente oposta, as ideias principais da *Nova Defesa Social* estão inseridas no denominado *Programa Mínimo*, estabelecido pela Sociedade Internacional de Defesa Social em 1949¹⁰. Segundo Araújo Junior (1991, p. 07),

o programa, em sua versão original, representou a vitória do pensamento moderado sobre as idéias extremadas que pugnavam pela abolição do Direito Penal, que deveria ser substituído por outros meios não punitivos, de garantia da ordem social.

Portanto, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, eis os paradigmas que se conflitam e acabam por justificar os interesses e racio-

¹⁰ As características fundamentais da Nova Defesa Social são: a) o antidogmatismo, especialmente em relação ao neoclássico; b) caráter multidisciplinar; c) admite-se mutável, variando no tempo; d) volta-se para a reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social; e) o movimento tem caráter universal, pois está acima das peculiaridades das legislações nacionais. Busca-se a partir de tal movimento: a) realizar permanente exame crítico das instituições vigentes, objetivando atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva, bem como reformar ou, até mesmo, abolir essas instituições; b) outro ponto básico do movimento é adotar uma vinculação a todos os ramos do conhecimento humano, capazes de contribuir para uma visão total e completa do fenômeno criminal; c) desses postulados decorre o terceiro, que arquiteta um sistema de política criminal, garantindo os direitos do homem e promovendo os valores essenciais da humanidade.

nalidades existentes em matéria de segurança pública no Estado Brasileiro. Por um lado, grupos de pressão interessados em reforçar uma política de recrudescimento penal devidamente alicerçado pelo arcabouço teórico do Movimento *Lei e da Ordem*; por outro, uma base teórica que visualiza a pessoa humana, inclusive aquela em conflito com o Ordenamento, como sujeito de direitos e que reconhece, racionalmente, a política criminal e o próprio Direito Penal como a serviço da humanidade e da pacificação social da sociedade.

3 OS DESAFIOS DO PROGRAMA NACIONAL DE SEGURANÇA COM CIDADANIA: PARADIGMAS NOVOS, NOVAS RACIONALIDADES E SUJEITOS E INTERESSES “VELHOS”

O vocábulo *segurança* vem do latim *securus*, significando *ocupar de si mesmo, estado de não-preocupação*. No âmbito jurídico, remete às medidas destinadas a garantia de integridade das pessoas, comunidades, bens e instituições.

Prevista na Constituição, considera-se a segurança pública é, pois, direito fundamental, pertencendo à terceira dimensão destes, titularizado pelo Homem e constitui um desmembramento direto do direito à paz. Os direitos de terceira dimensão são dotados de altíssima dose de humanismo e universalidade e com eles se discute o direito de viver em uma nação justa e pacífica, ambiente propício para o exercício da cidadania e para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Para Bonavides (2009), tais direitos se destinam especificamente à proteção dos interesses do gênero humano, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de *existencialidade* concreta.

O *caput* do artigo 144 da Carta Magna aduz que a *segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública¹¹ e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*.

¹¹ Por ordem pública, conforme o artigo 21 do Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, deve-se entender aquele conjunto de regras formais que tem por escopo reger as relações sociais de todos os níveis, do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmoniosa e pacífica, fiscalizado pelo Poder de Polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum.

Historicamente, frisa-se a faceta do Estado Brasileiro que, no século XIX, já havia sido denominado pelos constitucionalistas alemães de *Estado de Polícia ou Estado-Polícia*. Assim, partindo-se de uma visão racionalista, buscou-se reforçar neste viés estatal os laços de autoridade e consolidação do poder, colocando a *Ordem acima do Direito* (BRANDÃO, 2004). Com base, pois, em variadas racionalidades, dentre elas as que se manifestaram a partir da livre concorrência de mercado e a que se pauta na legitimidade conferida pelo amparo legal; e em diversos interesses dentre os quais o dos grupos de pressão existentes no país (Movimentos Sociais, Instituições Sociais e as próprias instituições governamentais), o Estado Policial no Brasil foi se remodelando e posicionando-se dentro de uma conjuntura global, porém com feições particulares.

Ratifica, então, o interesse da nova ordem mundial de que os Estados minimizem sua atuação no reconhecimento e efetivação dos direitos de cidadania e fortaleça-se como um aparelho repressor¹², combatente incisivo daqueles que seriam *inimigos* da Ordem.

O Programa Nacional de Segurança com Cidadania (PRONASCI), desenvolvido pelo Governo Federal na gestão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, com um processo de implementação iniciado em 2007, almeja superar a transitoriedade dos governos e articular com as demais políticas públicas o enfrentamento da situação de violência¹³.

Ratificando o entendimento que a pena privativa de liberdade tornou-se questão de segurança pública, teóricos dos mais diversos países já anunciaram, com ampla sabedoria, que a prisão é *fator criminógeno*, caracterizada por sua deficiente estrutura física; péssimas condições sani-

¹² Para Bauman (1999, p. 64-65), a atual conjuntura necessita de Estados enfraquecidos porque “eles podem ser facilmente reduzidos ao (útil) papel de distritos policiais locais que garantem o nível médio de ordem necessário para a realização de negócios, mas não precisam ser temidos como freios efetivos às liberdades das empresas globais”.

¹³ As diretrizes do PRONASCI entendem a pena privativa de liberdade como uma questão de segurança pública e os assuntos referentes a modernização, a formação e a remuneração do policial adentram à pauta de discussão; as políticas públicas de segurança passam a ser redimensionadas, gestadas e executadas em âmbito local, a partir de demandas específicas da sociedade; ações de prevenção e repressão passam a ser aplicadas simultaneamente, como medida eficiente para o enfrentamento à criminalidade; e, por fim, almeja-se a criação de uma rede social, com fomento às ações que previnam os delitos e amplie a solução não-violenta de conflitos, a partir da identificação das áreas mais violentas e da intervenção direta na sociedade, reconhecendo a cidadania e a dignidade para depois garantir a segurança de determinado lugar.

tárias; ausência de políticas de fomento ao trabalho prisional *intramuros*; elevado índice de violência física, moral e sexual conduzem, portanto, ao elevado índice de reincidência e à consequente não redução das altas taxas de criminalidade (BITENCOURT, 2004). Portanto, em tal realidade visualiza-se um horizonte para atuação do PRONASCI e influência mediata na configuração de um Estado de Paz e Segurança, a partir da efetivação de direitos e garantias individuais dos apenados, previstos na Constituição e na Lei de Execução Penal e demais legislação infraconstitucional.

Um segundo interesse do Programa diz respeito ao tratamento dado aos policiais e suas instituições. Formulou-se uma série de medidas, destacando-se o *Bolsa-Formação* e a que pretende estabelecer um piso salarial para os policiais, face à baixa remuneração paga e alto nível de desmotivação no trabalho policial. Ressalta-se que os altos índices de corrupção dentro da instituição policial e o índice de 2% de solução dos crimes que são noticiados resultam no sentimento social de descrédito na Polícia. Sublinha-se o pensamento que resta, por fim, o “xeque-mate” a ser dado a um modelo policial carente de reflexão e de cientificidade (SILVA JUNIOR, 2000).

É também de interesse do PRONASCI o fomento de ações sociais que visem, de maneira mediata, à prevenção dos delitos. Ao reconhecer que políticas de segurança são inviabilizadas ao serem aplicadas em localidades onde os necessidades básicas não são garantidas, promove-se, a partir de uma atuação conjunta do Corpo Ministerial, a abertura de novos locais para manifestações culturais, pelo Ministério da Cultura; ampliação do número de vagas na rede de ensino público e fortalecimento dos programas de Educação de Jovens e Adultos, por parte do Ministério da Educação; e aumento do número de equipes de agentes de saúde, pelo Ministério da Saúde. Assim, o Estado reconhece a cidadania e busca efetivá-la para, depois, implementar políticas que visam garantir a segurança de determinado lugar.

Resta, por fim, confrontar as diretrizes do PRONASCI com o rol de interesses que informam toda a seara do tratamento dado à segurança pública no Brasil.

Assim, vejamos que a sociedade, nutrida por sentimentos de pânico, almeja de maneira imediata a garantia da segurança pública. Logo, os interesses predominantes postulam por uma presença ostensiva, tão-somente, das instituições policiais nas ruas a fim de prevenir e comba-

ter o cometimento de delitos. Identifica-se, pois, os “inimigos” a fim de enfrentá-los e neutralizá-los, “restabelecendo-se”, portanto, a paz social. (ZAFFARONI, 2007).

Consequentemente, aqueles que nos representam e, por conseguinte, fazem parte também da vida daquela sociedade, acabam por materializar formalmente, nos interesses daqueles que constituem o Poder Legislativo e desejam se legitimar no afã de perpetuar-se em cargos público e no poder, por meio de leis que instituem novos tipos penais ao criminalizar condutas e que amparam legalmente uma política de recrudescimento penal. Fruto de relações não baseadas na razão; mas na emoção, na pressão e na satisfação imediata da segurança, produz-se aquilo que denominou de *Processo Legislativo do Pânico*¹⁴.

A mídia, que inserida em todo esse contexto acaba por reproduzir a violência sob a faceta do sensacionalismo e como sujeito e grupo de pressão, muito tem influenciado o comportamento dos governos, das instituições sociais e, derradeiramente, dos indivíduos. Aquilo que se identificou como o *discurso do telejornalismo de referência*, por exemplo, tem modelado opiniões: a sociedade, em suma, predominantemente se posiciona por mais repressão, por leis mais severas e combate incisivo daqueles que ofendem os bens jurídicos fundamentalmente tutelados.

Vulnerabilizados, portanto, os interesses e racionalidades deste programa e, sobretudo, o entendimento e reconhecimento de uma nova noção de cidadania que implicaria no modelar de um Estado Democrático de Direito e de Paz. Pelo PRONASCI, urge a efetivação dos *direitos de cidadania* pelo Estado e pelos indivíduos a fim de tornar concreta a vontade da Constituição que preconiza o respeito e a valorização da pessoa humana, eleita por sua dignidade como fundamento da República e titular e destinatária de todas as regras de poder.

As inquietações que ficam: quais serão as consequências destes paradigmas teóricos e de toda esta conjuntura do Estado Brasileiro na dinâmica do processo das políticas públicas de segurança, em especial, do PRONASCI que se encontra em fase de implementação?

¹⁴ Exemplo de produção legislativa do pânico foi a famigerada elaboração da Lei de Crimes Hediondos logo após o emblemático assassinato da atriz Daniela Perez, filha de Glória Perez, autora de novelas da Rede Globo de Televisão, em 1990.

Por derradeiro, resta-nos concluir, em conformidade com o que outrora já anunciamos, que uma política pública se faz por inúmeros movimentos, inclusive admitindo influências que possam a vir remodelar suas diretrizes, interesses e racionalidades inicialmente formulados. O PRONASCI, como política pública, encontra-se emaranhado nestas relações sociais que se aprofundam e que se relacionam e, portanto, está sujeito a eventuais mudanças de trajetórias face ao processo dinâmico inerente a sua condição de política.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, a violência faz parte das agendas políticas dos Estados. Para tal problema, verifica-se a possibilidade de implementação de uma política que visa a atenuação do cometimento de delitos e, mediatamente, a pacificação das relações sociais.

Identificada como um elemento de um ambiente socioeconômico que o tornou favorável, inferiu-se sobre as razões sociais e institucionais da violência. Visualizou-se, portanto, a questão social e suas inúmeras manifestações ao lado de um desgoverno histórico em matéria de segurança pública como os possíveis fatores que desencadearam toda esta situação de violência no qual o Brasil se encontra.

Nesta esteira, vislumbra-se o PRONASCI como uma política pública dotada de interesses e racionalidades condizentes com os postulados do Estado Democrático de Direito. Por meio desta, pretende-se efetivar os direitos de cidadania constitucionalmente previstos e, conseqüentemente, prover a segurança de determinados locais onde as necessidades básicas não foram devidamente prestadas.

Ao eleger este caminho para alcançar a efetivação do direito fundamental à segurança pública, o PRONASCI esbarra em interesses e racionalidades diversificados. Por um lado, a fundamentação daqueles sujeitos que apregoam o recrudescimento penal e uma atuação repressiva a fim de afastar o medo e a insegurança que norteiam as relações sociais contemporâneas; e num polo conflitante, os paradigmas *garantistas* da Nova Defesa Social que, com outro olhar, identifica um novo tratamento a ser dado às violências e aos delitos (e ao violento e ao delinquente), de cunho humanista e, sobretudo, de valorização da pessoa humana.

Nesta seara, identificam-se os sujeitos que possuem interesses e que atuam diretamente no processo dinâmico das políticas públicas: os indivíduos norteados pelo medo e inseridos no contexto de uma sociedade de insegurança postulam uma atuação repressiva do Estado, por meio de policiamento ostensivo e por uma exemplar punição pelo Estado-Juiz a fim de que delitos e violências não sejam cometidos; os que nos representam, por meio do Poder Legislativo, adequando-se, também, ao desejo que provém do clamor popular, em sua atividade *legiferante*, tornam formais todo desejo de punir do Estado por meio de leis severas, criminalização de condutas e amparo legal às políticas criminais de combate àquele que foi eleito como *inimigo*; a mídia, sensacionalista e descomprometida com valores éticos e cívicos, que de maneira irracional, banaliza e manipula todo o pensamento da sociedade corroborando com todo um sistema de opressão e punição, que já foi anteriormente legitimado pela sociedade e pelo Estado-Legislador formando um ciclo de interesses e pressões.

O Estado Democrático de Direito clama pela efetivação do direito fundamental à segurança pública e, por conseguinte, do direito à paz. Adstritas à vontade da Constituição, as instituições devem estar voltadas à persecução deste fim, devidamente apoiadas no respeito e na proteção à pessoa humana, titular e destinatária das regras de poder. Assim, efetivar o direito fundamental à paz (e à segurança pública) implica, antes disso, na efetivação dos direitos de liberdade e de cidadania. Procura-se, pois, a implementação de políticas públicas de saúde, educação e moradia, dentre tantas outras, para, depois, assegurar a segurança pública de determinado lugar. Reconhece-se e resgata-se, portanto, uma *noção* de cidadania atrelada à dignidade da pessoa humana para depois efetivar a segurança pública nas comunidades.

Portanto, nesta conjuntura de interesses e racionalidades que se conflitam se insere a atual política pública desenvolvida em matéria de segurança pública no Brasil. Necessária uma revolução de mentalidades para assimilar e compreender a dinâmica do processo das políticas e, por que não dizer, das relações sociais em cujo bojo se dá a formulação, a implementação e a avaliação destas políticas.

Por fim, aduz-se que, baseado na dinamicidade que orienta todo o processo das políticas públicas, em posterior momento esperamos analisar todas as mudanças de trajetórias no qual a implementação do PRO-NASCI se movimentou.

Certamente, por tantas razões aqui expostas, movimentar-se-á.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dogmática penal: em busca da segurança jurídica prometida**. Tese (Doutorado em Direito). - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – aspectos. In: **Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. São Paulo: Renovar, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Do Estado-Polícia ao Estado-Cidadão: a necessidade de lutar pela consolidação do Estado Democrático de Direito face à globalização. In: GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel (Org.). **Justiça e Direito**. Editora UniCEUMA: São Luís, 2004.

BRASIL. **Lei nº 11.707 de 19 de junho de 2008**. Altera a Lei no 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ (CIIP). **Estado da paz e evolução da Violência**. Brasília: CIIP, 2002.

CASTEL, R. **A insegurança social: o que é ser protegido?** Petrópolis: Vozes, 2005.

DREIFUSS, A. **Política, poder, estado e força: uma leitura de Weber**. Petrópolis: Vozes, 1993.

FARIA, Regina Helena Martins de. Estado e políticas de segurança no Brasil: uma retrospectiva histórica de problemas atuais. In: JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, 3., 2007, São Luís. **Publicações**. São Luís: PGPP, 2007. 1 CD-ROM.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MESQUITA NETO, Paulo de. Políticas municipais de segurança cidadã: problemas e soluções. **Análises e propostas**, São Paulo, n. 33, dez. 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. **O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo**. São Paulo: IBC-CRIM, 2007.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: IBC-CRIM, 2003.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. **Torcidas organizadas no futebol, violência e autoafirmação: aspectos da construção das novas relações sociais**. Taubaté: Editora Vogal, 1997.

PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: Caderno de Trabalho. Brasília, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2006.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Avaliação de políticas e programas sociais**: teoria e prática. São Paulo: Veras Editora, 2001.

_____. **Pesquisa avaliativa**: aspectos teóricos-metodológicos. São Paulo: Veras, 2008.

SILVA JUNIOR, Azor Lopes da. Prática policial: um caminho para a modernidade legal. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1506>>. Acesso em: 19 ago 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. Novas políticas de segurança pública: alguns exemplos recentes. **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4096>>. Acesso em: 19 maio 2010.

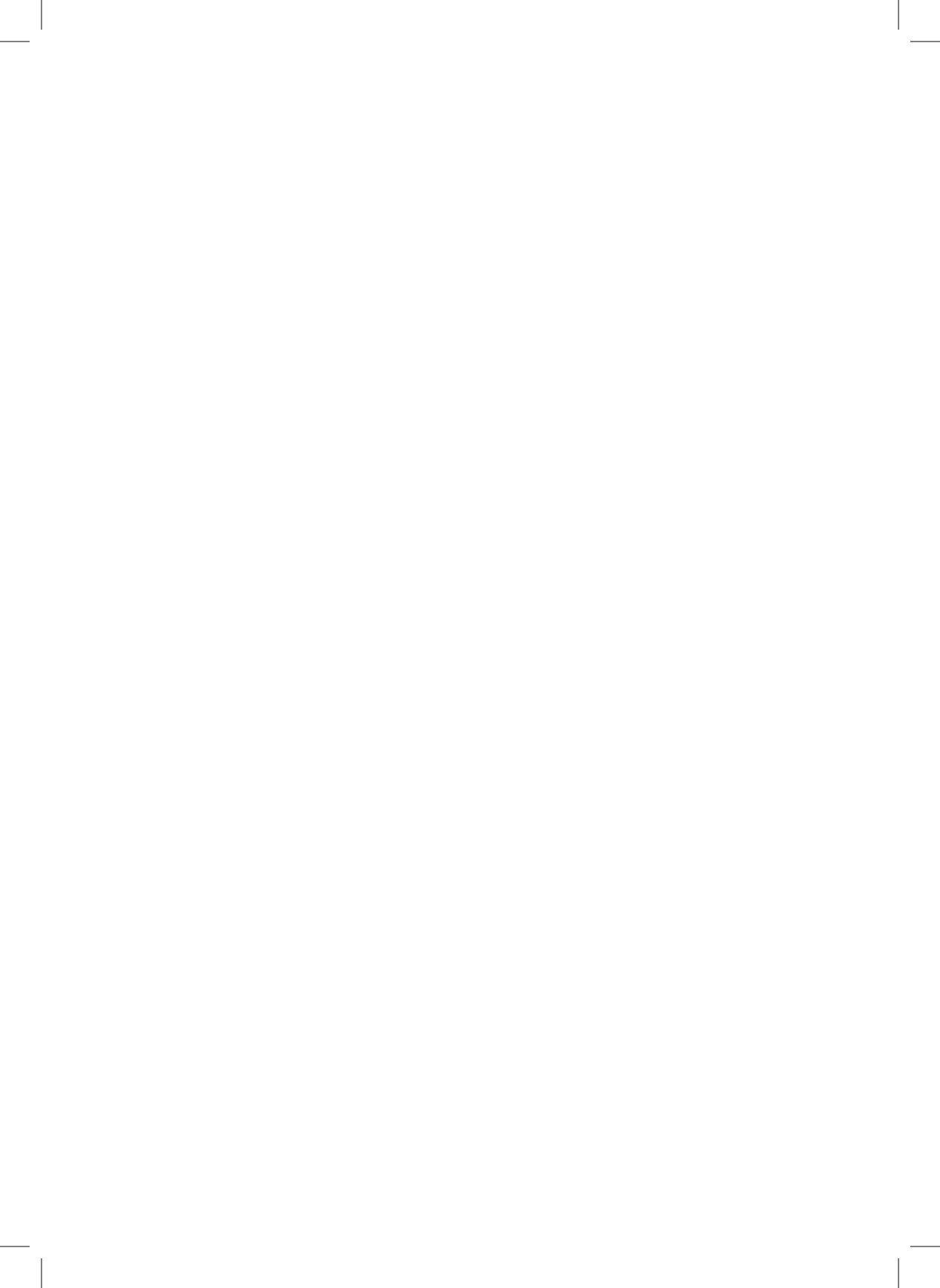
TELLES, Vera da Silva. Questão social: afinal do que se trata? **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, v.10, n. 4, 1996.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia e outros escritos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

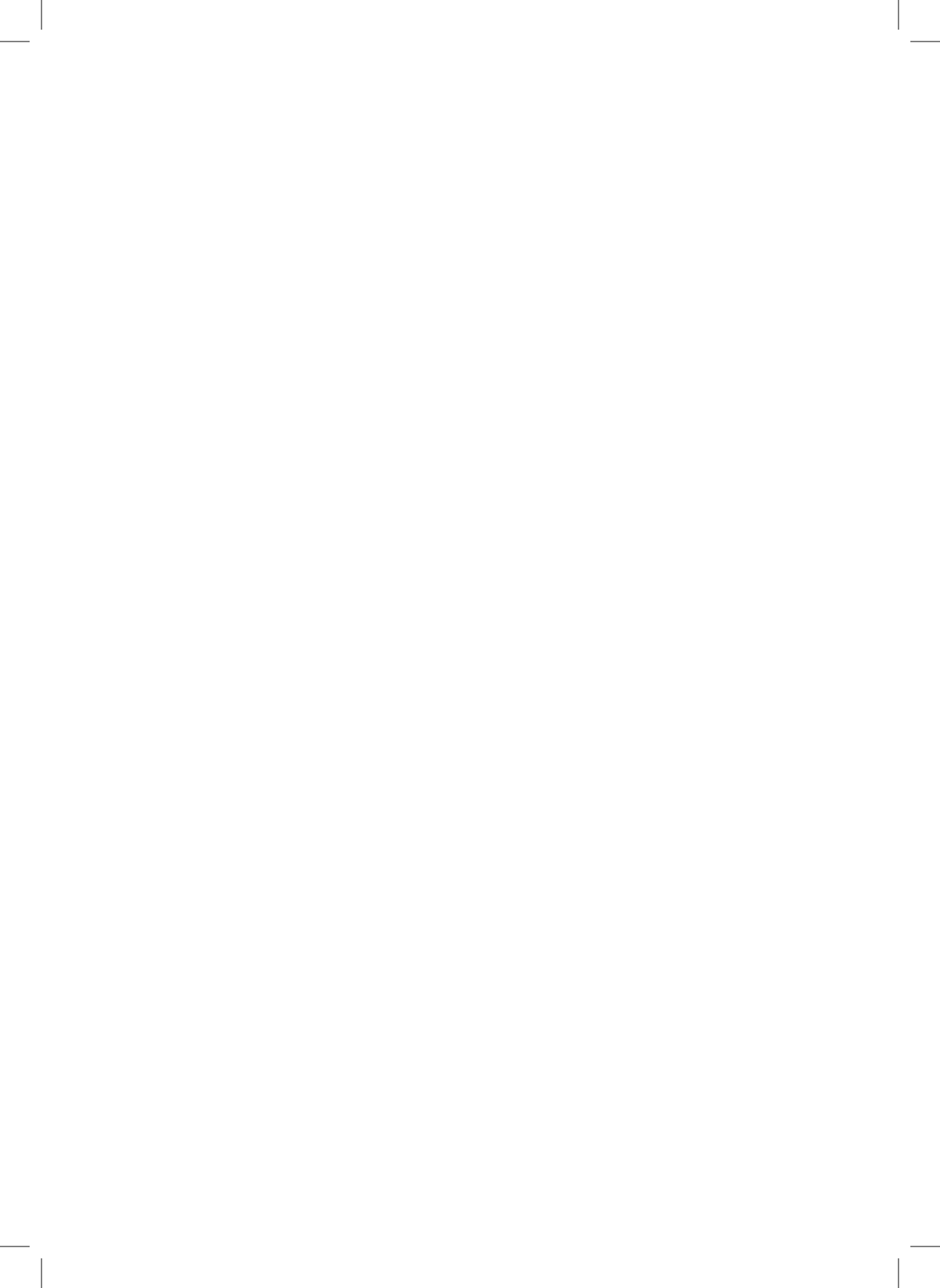
_____. **Economia e sociedade**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

WIERVORKA, M. **O novo paradigma da violência**. São Paulo: Tempo Social, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.



**DIREITO PENAL
E PROCESSUAL PENAL**



A FUNÇÃO ACUSATÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO O SIGNIFICADO DA ESSÊNCIA DA FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL

*Edimar Carmo da Silva**

Resumo: O processo penal na ótica do Estado Democrático de Direito é visto como instrumento democrático na superação dos métodos autoritários para análise e decisão de casos penais. Considerado o consenso constatado na elaboração e instituição dos direitos fundamentais, pelas mais variadas forças políticas, essa mesma simetria possa e deva ser mantida também na decisão que, tendo a infração penal por pressuposto, vise a restringir qualquer desses direitos. No pensamento estruturado em bases habermasianas é possível vislumbrar um alto grau de credibilidade, mesmo em sede de persecução penal, que para a restrição de algum direito fundamental deva concorrer um necessário consenso entre as funções legislativa, executiva, acusatória e judicial. A imprescindibilidade (essencialidade) da função acusatória consiste na sua convergência com as demais funções estatais para legitimar o provimento judicial, seja em caráter cautelar ou definitivo, na restrição de direito fundamental.

Palavras-chave: Processo Penal. Democracia. Essência. Função Acusatória.

Abstract: The criminal procedure in the Democratic State of Law is regarded as a democratic instrument of overcoming authoritarian methods for analysis and decisions of criminal cases. Considering the consensus established in the development and institution of fundamental rights, by various political forces, this same symmetry can and should be maintained also in the decision which, having a criminal infraction as a premise, is aimed at restricting any of those rights. In the structured thought of Habermasian bases it is possible to envision a high degree of credibility, even in terms of criminal persecution, to the idea that for the restriction of a fundamental right there must concur a necessary

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Aluno do Curso Intensivo para Doutorado (Direito Constitucional) da Universidad de Buenos Aires (UBA). Mestre em Ciências Criminais (PUC-RS). Especialista em Sistema de Justiça Criminal (UFSC). Graduado em Direito (Uniceub-DF).

between the legislative, executive functions, accusatory and judicial functions. The indispensability (essentiality) of the accusatory function consists in its convergence with the other State functions to legitimize Court provisions, whether in precautionary or definitive character, in the restriction of fundamental right.

Keywords: Criminal Procedure. Democratic. Essentiality. Accusatory Function.

1 INTRODUÇÃO

Pretende-se, no presente texto, lançar alguns apontamentos acerca da essência da função acusatória e, a partir deles, quiçá suscitar reflexões acerca da legitimidade de se prescindir dessa função na restrição de direito fundamental da pessoa em um processo penal orientado por bases democráticas. Toma-se como referência as normas contidas no Código de Processo Penal (CPP) de 1941 frente à atual realidade constitucional para, por conseguinte, formular a hipótese de se admitir decisão judicial que, sem pedido do órgão titular da função acusatória, no Estado Democrático de Direito, restrinja algum direito fundamental.

Para tanto, é feita uma breve incursão acerca do Estado Democrático de Direito, bem como a alguns parâmetros normativos do CPP de 1941. Em seguida, algumas breves considerações acerca da conciliabilidade entre processo penal e democracia. Por fim, sopesar algumas hipóteses previstas em lei para a restrição de direito fundamental, na persecução penal, frente à previsão constitucional que confere ao Ministério Público o caráter de instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme preconizado no art. 127, *caput*, da atual Constituição Federal brasileira.

Ainda em sede preambular, cabe deixar assente que compreender a natureza e as estruturas basilares de um processo, mormente do processo penal, implica considerá-lo no respectivo modelo de Estado no qual foi concebido. Daí a célebre expressão de Goldschmidt (1961, p. 110) no sentido de que: a estrutura do processo penal de uma nação não é senão o retrato dos elementos corporativos e autoritários da Constituição. Nas palavras do citado processualista, “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.

O processo penal serve como termômetro da Constituição: se Constituição autoritária, processo penal autoritário; se Constituição democrática, processo penal democrático. Esses modelos de processo estão em relativa correlação com os seus princípios orientadores, respectivamente: inquisitório e acusatório.

Sem embargo, inicialmente cabe uma advertência. O termo “processo”, doravante utilizado, não se confunde e não possui correspondência com a noção clássica de uma “sequência de atos processuais, ordenados encadeados, visto da perspectiva externa” (OLIVEIRA, 2009, p. 593) para, por meio dele, atuar a jurisdição. O processo é, no presente texto, concebido como uma espécie do gênero procedimento. Seguindo a compreensão de Fazzalari (2006, p. 118-119) “o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório”.

Com base nessas primeiras linhas, de logo podem ser formuladas as seguintes questões: o CPP brasileiro, de 1941, concebido e afinado com a então Constituição de 1937, é compatível com a democrática forma de persecução penal conferida pela Constituição brasileira de 1988? É possível, considerando a cultura inquisitorial de persecução penal, no Brasil, concretizar um modelo de persecução penal com estrutura democrática? Qual a medida de concretização da essência da função acusatória? Em que consiste a essencialidade da função acusatória? Eis os desafios propostos no presente texto.

Por cultura inquisitorial, também reproduzida no presente texto como método inquisitório ou sistema inquisitorial, entenda-se a estrutura judiciária que toma por legítimos os “procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz”. (FERRAJOLI, 2002, p. 453).

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito não possui um conceito estanque, acabado. É por natureza dinâmico. Alcança e abrange um conjunto de normas estruturantes fruto das conquistas democráticas, as garantias jurídicas e a proposta de políticas públicas que redundem numa transformação social. Possui, nesse sentido, tal modelo de Estado, um efeito transformador (STRECK; MORAIS, 2008, p. 97) da realidade jurídico-social.

Assim, esse “efeito transformador” da realidade, deve ser visto como um projeto inacabado. Exatamente nessa concepção, Habermas (2003, p. 118) apregoa que:

[...] o Estado democrático de direito não se apresenta como uma configuração pronta, e sim como um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a *reatualizar*, em circunstâncias precárias, o sistema dos direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo.

Do Estado Democrático de Direito podem ser concebidos os seguintes princípios básicos: a vinculação do Estado a uma Constituição como instrumento básico de garantia; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; a justiça social como mecanismo de correção das desigualdades; a busca além da igualdade formal, articulando com uma sociedade justa; a divisão de poderes ou de funções; a legalidade como medida do direito a excluir o arbítrio e a prepotência. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 98-99).

No Estado Democrático as normas dele resultantes são fruto do processo democrático em cuja base está o princípio da soberania do povo. Contudo, essas normas não asseguram, por si, a eficácia democrática do direito nelas incorporado. A eficácia dessas normas restará evidenciada quando submetidas a situações concretas e, assim, aplicadas sem resistência. Essa postura concebe, portanto, o direito, a um só tempo, como saber e ação que se mantém em um sistema aberto, abastecido pelas tradições culturais, de ordens legítimas e de indivíduos socializados e interligados por ações comunicativas. (HABERMAS, 2003, p. 110-112).

O direito inserido e visto no contexto da ação comunicativa, proposta por Habermas, afigura-se como uma maior adequação e satisfação aos reclames de um processo que assimila os ditames do Estado Democrático de Direito, eis que se apoia em bases discursivas e consensuais, não se submetendo a algum meio de coerção, mas sim à dialética do melhor argumento entre as partes em contraditório (HABERMAS, 2003, p. 113-168). Mais adequado porque rejeita o trato das questões fundamentais (em cujo núcleo se discute a dimensão dos direitos fundamentais), no

âmbito do espaço público (espaço comunicativo entre a esfera privada e o Estado), não se conformando com as decisões judiciais prolatadas sob a perspectiva de um modelo de jurisdição autoritária. Em outros termos, nesse modelo de jurisdição (autoritária) pela qual o julgador (juiz, tribunal) do caso penal possa proferir o provimento (decisão, sentença) independente do pedido das partes, afigura-se um evidente déficit de legitimidade democrática.

Aqui cumpre fazer um esclarecimento. Entenda-se por dialética do melhor argumento a argumentação que contemple quatro necessários pressupostos, que são: a) seja uma argumentação pública e inclusiva, ou seja, “ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído”; b) igualdade de expressão, “a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas”; c) argumentos desprovidos de enganos e falsidades, “os participantes devem pretender o que dizem”; d) inexistência de coação, “a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão”. (HABERMAS, 2002, p. 66-67).

A dialética do melhor argumento, na perspectiva da persecução penal adequada à estrutura democrática de Estado, não pode se dar nos moldes de uma linguagem típica de dominação. Consoante a ponderação feita por Britto (2012), “A força do melhor argumento proposto por Habermas define a essência da democracia onde a fala do outro deve ser relevante para o consenso. No discurso, o falante deve utilizar-se de técnicas argumentativas para validação da sua decisão”.

3 AS NORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP) BRASILEIRO DE 1941

O CPP de 1941, mostra-se como algo estranho quando confrontado com as normas da atual Constituição Federal brasileira. Estranho porque desconsidera a função constitucional conferida ao Poder Judiciário na persecução penal, de garante dos direitos fundamentais; estranho, por ter como legítima a restrição oficiosa na restrição cautelar e definitiva de direitos fundamentais; estranho, por negar vigência ao princípio acusatório constitucionalmente adotado; estranho também por recusar eficácia

à fala (ao pedido) das partes, desnaturando, assim, um possível processo de partes; estranho, ao fim, por desconsiderar e desmerecer a fala das partes, explicitando, desse modo, um modelo autoritário de persecução penal, em flagrante violação ao princípio do contraditório.

Nessa medida, não há dúvida em reconhecer, no mencionado CPP brasileiro, de 1941, a nota do autoritarismo por prescindir dos atos das partes na restrição de direitos fundamentais, seja em sede cautelar, seja em sede definitiva. Nesse mencionado código procedimental, pois, adequado à estrutura inquisitorial, o juiz, com não rara frequência, se sobrepõe à pretensão acusatória que culmina no agravamento da situação jurídica do suspeito ou do acusado.

Algumas das normas procedimentais desse CPP de 1941, por muitos (ainda) consideradas vigentes, o órgão julgador — armado de poderes nitidamente inquisitórios — pode, tudo de modo oficioso: manifestar pretensão de acusar alguém suspeito da prática de infração penal (art. 28 do CPP); determinar arresto/sequestro de bens (art. 127 do CPP); produzir prova sem requerimento das partes (art. 156 do CPP); determinar busca e apreensão de coisas e de pessoas no interior de residências (art. 242 do CPP); decretar a prisão preventiva de suspeitos e acusados (art. 311 do CPP); e, o mais grave, condenar alguém sem pedido do órgão titular da acusação (art. 385 do CPP).

Muitos insistem e até apregoam a manutenção de uma persecução penal ultrapassada e fora do tempo, fundada em falsas pretensões de juízos e de verdades absolutas. Contudo, verdades ou proposições absolutas de há muito foram desestruturadas pelos mais diversificados ramos do conhecimento. (PRIGOGINE, 1996; GLEISER, 2010; MORAIS DA ROSA, 2006; MEDAWAR, 1984; KHALED JR, 2009).

A insistente onda de pensamento e de concepções que apregoa pretensões de verdades assim o faz condicionada em princípios e em insidiosos discursos típicos e adequados ao sistema inquisitorial. Prometem assegurar a ordem pública por meio do Direito Penal; propagam a obrigatoriedade da acusação; e apregoam a obtenção de uma verdade real. Em diversos manuais de processo penal é possível perceber uma semelhança no trato dessa disciplina, limitando-se a reproduzir, como legítimas, as hipóteses jurídicas antes delineadas, certamente que afinadas ao CPP de 1941, mas em evidente desconformidade com as atuais normas constitucionais.

Salvo poucas exceções, há uma relativa ausência de crítica na maioria dos manuais de grande aceitação, pela qual é difundida a disciplina Direito Processual Penal. Em reforço, seguem uma reiterada praxe forense conduzida pela nota do “legalismo”. Por legalismo, entenda-se como “o monopólio da manifestação do direito” (HESPANHA, 2005, p. 378) reinante no século XIX até o segundo quarto do século XX, herança do positivismo jurídico francês que reduzia “a função do juiz a mera análise técnica dos textos da lei” (WOLKMER, 2006, p. 192). A prática desse legalismo flexibiliza e põe em xeque a força normativa das normas constitucionais.

4 PROCESSO PENAL E DEMOCRACIA

A proposta teórica, pertinente a um modelo de processo penal fundado no Estado Democrático de Direito foi percebida, dentre outros, por Moraes da Rosa e Silveira Filho (2008, p. 82), notadamente no que concerne ao discurso instaurado intra-processualmente. Ressalte-se que esses nominados autores, afinados com as diretrizes filosóficas atualizadas, concebem no Direito Processual “balizas democráticas, não se podendo mais aceitar a decisão isolada e sem fundamentação do Juiz, devendo este, necessariamente, considerar as pretensões de validade anunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado”.

A estrutura democrática de processo reclama não apenas uma decisão prolatada pelo órgão jurisdicional competente, sobretudo uma decisão construída no limite das pretensões trazidas pelas partes no procedimento em contraditório. Daí que ao juiz não é mais autorizado emitir um provimento (decisão, sentença) dissociado ou para além das pretensões veiculadas pelas partes, vale dizer, rejeitando os pedidos dos interessados, pena de incorrer na mácula da ilegitimidade. (MORAIS DA ROSA; SILVEIRA FILHO, 2008, p. 86-97).

Mostra-se necessário assegurar que os argumentos das partes sejam não somente considerados (aceitos), mas que componham o conteúdo do provimento judicial (decisão, sentença). Não basta a formal titularidade para a promoção da ação penal, mas que o titular da ação penal a sustente apresentando suporte probatório suficiente. Não basta assegurar às partes a apresentação de alegações finais, mas que essas alegações sejam

enfrentadas e comparam os fundamentos da sentença. Essas são algumas das medidas pelas quais se pode evidenciar a democraticidade no procedimento em contraditório, seja na decisão tomada em sede cautelar, seja no provimento final definitivo.

O Estado Democrático de Direito possui o campo propício para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do princípio acusatório. Por esse princípio não há espaço para decisões isoladas, solitárias, oficiosas, conforme preconizado em muitos dispositivos do CPP de 1941.

É necessário abandonar, nesse sentir, a vetusta regra do silogismo das premissas (maior e menor) fomentada e decorrente do pensamento subsuntivo formulado solitariamente pelo julgador. O processo merece e deve ser considerado não apenas como um meio, mas essencialmente como uma estrutura encaminhadora da decisão desenvolvida pelos sujeitos do processo (partes), rejeitando “uma interpretação solitária” (LEAL, 2002, p. 110-112) do juiz.

Na estrutura acusatória de processo penal, diferentemente da estrutura inquisitorial, as partes são as únicas interessadas no mérito do provimento jurisdicional, vez que apenas elas veiculam pretensões e interesses. Essas pretensões são deduzidas pelo Ministério Público, na tutela do interesse público e com dever de objetividade (art. 127, *caput*, da Constituição Federal), pela Advocacia ou pela Defensoria Pública (arts. 133 e 134, ambos da Constituição Federal brasileira) na tutela do interesse do suspeito/acusado. Essas instituições, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública, são essenciais à justiça brasileira, conforme estabelecido no Capítulo IV do Título IV da atual Constituição Federal.

Nesse contexto, o juiz não deve e não pode manifestar interesse na causa, sob pena de não estar autorizado a exercer a jurisdição, seja por suspeição, seja por impedimento, pela perda da necessária imparcialidade. Aliás, o único interesse do juiz deve estar circunscrito ao zelo na regularidade (legalidade conforme a Constituição) dos atos processuais praticados pelas partes em contraditório.

É certo que a exigência da imparcialidade judicial pode ser extraída implicitamente das normas constitucionais. Porém, está prevista de modo explícito no item 1 do artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica, inserido na ordem jurídica nacional pelo Decreto nº 678/1992. Esse último diploma, tais quais as normas constitucionais, revogam as regras atentatórias à imparcialidade judicial, muitas delas previstas no CPP de 1941.

O modelo de persecução penal brasileiro, visto a partir da atual Constituição Federal, confere ao Ministério Público a titularidade privativa para a promoção da ação penal pública, acrescido da Advocacia e da Defensoria Pública como instituições essenciais à administração da justiça. Sendo essas instituições essenciais à prestação jurisdicional do Estado, inconcebível que os argumentos por elas sustentados no processo soem como meros enunciados de caráter opinativo ao julgador.

Não é possível sustentar que toda ou qualquer pretensão de uma das partes vincule o julgador. Contudo, na peculiaridade do processo penal podem ocorrer situações de aparente paradoxo. Assim ocorre quando, por exemplo, as partes — Ministério Público e acusado (assistido pela Advocacia ou pela Defensoria Pública) — considerado o conjunto probatório, pretendam a absolvição, mas o julgador profere provimento condenatório. Não muito diferente pode ocorrer quando o Ministério Público, em sede pré-processual, provocado pela polícia ou por sua própria iniciativa, não pretenda a restrição cautelar de algum direito fundamental, mas o julgador, oficiosamente, decide pela restrição desse direito.

Afigura-se, pois, no modelo brasileiro de persecução penal, em face desses aparentes paradoxos, uma necessária reflexão acerca do alcance das normas democráticas e seus efeitos na ordem jurídica prática, para além da retórica preponderância da jurisdição sobre outros valores.

O Ministério Público, enquanto titular privativo para a promoção da ação penal pública, não pode ser compreendido, como ainda retratado na praxe forense, em mero deflagrador da jurisdição. Essa instituição mantém a mencionada titularidade desde a promoção inicial até quando ultimado o trânsito em julgado do provimento judicial. Contudo, no decorrer do devido processo pode surgir superveniente situação fática ou jurídica que legitime o órgão acusador a retirar a pretensão acusatória.

Não se trata da inapropriada regra da “desistência da ação” que, por obviedade técnico-jurídica, não pode ser objeto de desistência, dada a natureza abstrata da ação. Não se desiste porque não se pode desistir da ação processual penal antes regularmente exercida. Desiste-se do processamento, da pretensão acusatória, pela qual se busca a restrição de algum direito da pessoa como consequência jurídica da infração penal.

De igual modo à Advocacia e à Defensoria Pública, em contraditório ao Ministério Público, deve ser assegurada a qualidade de essencial à administração da justiça. Essa meta somente pode ser alcançada quando

seus argumentos fáticos e jurídicos sejam devidamente analisados no provimento final, mesmo que não acolhidos.

A democraticidade possível a ser atingida no processo penal é, pois, reconhecer, na prática, uma dialética processual capaz de superar a noção, ainda hoje preponderante, da jurisdição como um fim. Vale dizer, da prevalência da *jurisdictio* em detrimento do interesse das partes em contraditório, únicos e legítimos titulares condutores de pretensões jurídicas a serem contempladas no provimento final.

No contexto histórico, a cultura jurídica dominante na persecução penal brasileira tem se pautado na manutenção da tríade poder, tradição e autoridade. Essa trindade mostra-se adequada ao método inquisitório de persecução que, por sua vez, vincula-se a um modelo autoritário de Estado, vez que desprovido do caráter democrático.

Sem embargo, nos tempos atuais, a estrutura acusatória processual penal, fincada na atual Constituição Federal brasileira, reclama maior atenção das normas aplicáveis em sede cautelar e definitiva na restrição de direito fundamental. Em outros dizeres, a preponderância no jogo processual não mais pode ser a jurisdição em si, mas a regularidade procedimental (atenção às normas constitucionais) tendente a legitimar a restrição de algum direito fundamental, segundo as bases normativas do Estado Democrático de Direito.

Nessa direção, quando se admite que a jurisdição não mais prepondere de modo autoritário sobre os direitos fundamentais, necessariamente cai por terra a noção do processo como relação jurídica, eis que, metodologicamente, inadequada ao modelo de Estado democrático. Ademais, não custa ressaltar que a teoria da relação jurídica foi elaborada no contexto do antes mencionado “legalismo”. Por conseguinte, sustenta a primazia da jurisdição em detrimento da regularidade do devido processo constitucional. Mais. Prioriza, sob o insidioso fundamento da tutela do interesse público, a jurisdição em prejuízo da democraticidade procedimental na restrição de direitos fundamentais. Conforme acertadamente apregoa Leal (2002, p. 183-184),

É que, no paradigma do direito democrático, o eixo das decisões não se encontra na razão imediata e prescritiva do julgador, mas se constrói no espaço procedimental da razão discursiva (linguagem)

egressa da inter-relacionalidade normativa (conexão) do ordenamento jurídico obtido a partir da teoria da Constitucionalização democrática.

Ademais, há evidente extemporaneidade epistemológica constitucional porque, certamente, a mencionada teoria da relação jurídica processual remonta aos superados fundamentos pandectistas contidos nas teses de Windscheid, como lembrado por Gonçalves (1992, p. 133-143).

Com efeito, a teoria da relação processual foi construída “sobre a ideia de que é ela um enlace normativo entre duas pessoas, das quais uma pode exigir da outra o cumprimento de um dever jurídico” (GONÇALVES, 1992, p. 73-74), deixando evidente, daí, as concepções individualistas da época.

Como ressalta Gonçalves (1992, p. 98-99), o processo não se confunde com a situação de direito material; a parte processual não se dirige à outra parte para dela exigir determinada conduta, mas se dirige ao juiz; não há relação jurídica entre o juiz e as partes, porque ele (juiz) não pode delas exigir condutas, mas as próprias partes resolvem suas faculdades, poderes e deveres em ônus processuais, suportando as consequências jurídicas desfavoráveis advindas da omissão.

Como antes dito, há uma simetria entre Estado Democrático de Direito e a estrutura de persecução penal conduzida pelo princípio acusatório. É que, nesse último, a democraticidade é evidenciada no espaço de fala reservado às partes. Têm elas, em frequente contraditório, não apenas a oportunidade de falar e ter essa fala considerada, mas que seus argumentos componham o (estar contido no) ato decisório. O ato decisório deve necessariamente abarcar os argumentos trazidos pelas partes em contraditório.

Merece destacar que, no tocante ao sistema de persecução penal, no qual as decisões judiciais tendem a restringir direitos fundamentais, exatamente nele há maior exigência do caráter democrático dessas decisões.

Não é por demais lembrar que a escolha, a seleção, dos direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, é resultado do embate da força democrática exercida pelos legisladores constituintes, eleitos pela vontade popular. Os direitos fundamentais não resultam de uma decisão levada a cabo arbitrariamente por uma pessoa ou um órgão estatal, senão

resultantes de uma eleição tensa e democrática entre os representantes do povo, por seus mais variados segmentos, menos ou mais organizados da sociedade. Em simetria, o caráter democrático dessa escolha dos direitos fundamentais deve ser mantido quando da restrição de qualquer deles. Democrático na eleição, democrático na restrição. Incabível que na estrutura democrática de Estado possa, uma só pessoa, de modo arbitrário e a seu talante (oficioso), a pretexto de autorizada por uma pretensa “íntima convicção”, estar legitimada a restringir algum direito fundamental da pessoa. Como lembrado por Alberton (2004, p. 91), democracia implica participação.

Cabe ponderar que Alberton tratou da jurisdição não delimitada por algum critério de competência, vale dizer, não propriamente da jurisdição penal. Contudo, amparada na contribuição habermasiana, Alberton (2004, p. 90) apregoa um repensar da jurisdição na solução de conflitos. Referida autora questiona o que nomina de “jurisdição-soberania”. Por “jurisdição-soberania”, compreenda-se como “a jurisdição centrada apenas no poder soberano do Estado, numa relação de sujeito-objeto, decisão do Estado-Juiz que declarará quem será o ganhador ou o perdedor”. Sugere, a mesma autora, o que nomina de “jurisdição-participação”.

Na literal expressão de Alberton (2004, p. 90): “é possível afirmar que a racionalização do direito que se realiza pelo exercício da jurisdição encontra sua legitimidade no discurso democrático que somente se efetiva com o atuar comunicativo de todos os sujeitos da relação processual em exame”. Diz mais:

A jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza. Assim, no Estado Democrático de Direito, quando passamos da jurisdição-soberania para uma jurisdição-participação, estamos apontando, com base na matriz habermasiana, para uma jurisdição que supera o modelo da jurisdição conflitual que busca pelo processo a solução de conflitos. [...]. Os sujeitos são co-formadores do decidido. (ALBERTON, 2004, p. 96).

A estrutura democrática de processo, aqui sustentada, segundo a qual os argumentos das partes compõem o ato decisório no processo penal, deixa clara a opção pelo princípio acusatório constitucionalmente

adotado, visto que a estrutura de persecução penal, conduzida por essa norma, não prescinde dos atos (argumentos e pedidos) das partes em contraditório.

Rejeita-se, portanto, as decisões judiciais fundados no que adequadamente Ferrajoli (2002, p. 36-37) nomina de “decisionismo processual”, compreendido sob duas perspectivas: (a) em “fatos determinados em condições ou qualidades pessoais”, vale dizer, pela qualidade ou condição do autor; (b) “no caráter subjetivo do juízo, que, na ausência de referências fáticas determinadas com exatidão, resulta mais de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas do que de provas de fato”.

Na estrutura acusatória é que vinga, no tocante às funções reservadas aos órgãos públicos envolvidos na persecução penal, a teoria da quadridimensão funcional do Estado na consequência jurídica do crime. (RIBEIRO, 2003, p. 328-361).

Segundo essa teoria (da quadridimensão funcional do Estado), própria do Estado Democrático de Direito e adequada à estrutura acusatória de persecução penal, a restrição de qualquer direito fundamental somente pode ser levada a cabo quando convergirem as quatro funções estatais: Legislativa (Poder Legislativo), Executiva (Poder Executivo), Judicial (Poder Judiciário) e Acusatória (Ministério Público). No exercício dessas funções pode-se acrescentar, paralelo ao Ministério Público, o particular/querelante, considerada a possibilidade de, ainda, admitir-se a promoção da ação penal de iniciativa privada. Sem a promoção de uma ação penal não pode haver processo penal, vedando-se, nesse sentir, a restrição oficiosa de direitos fundamentais.

Assim, a teoria da quadridimensão funcional do Estado se concretiza na consequência do fato juridicamente tipificado como infração penal e objeto do processo. Por ela, reclama-se a efetiva convergência das vontades estatais, pelas funções emanadas dos três poderes da República e pela função acusatória. Somente assim, numa atuação procedimental democrática, fica legitimada a restrição de algum direito fundamental.

Ao Poder Legislativo cabe a função de elaborar as leis, criando tipos penais, a escala de penas e o devido procedimento; ao Poder Executivo cabe a função de sancionar e promulgar essas mesmas leis; ao Ministério Público cabe a função acusatória, ou persecutória, em relação às infrações penais de iniciativa pública; ao Poder Judiciário cabe a função de aplicar a lei penal às situações fáticas trazidas pelo órgão titular da acusação, após

debate pelas partes em contraditório. Não diferente é a compreensão de Rodrigues (1999, p. 145-148).

No contexto adequado ao Estado Democrático de Direito, portanto, as decisões judiciais solitárias — frise-se, sem a provocação da função acusatória pretendendo a restrição de direito fundamental — não passam pelo crivo da legitimidade constitucional. Para a restrição de qualquer direito fundamental, como consequência jurídica do crime, a decisão judicial deve, necessariamente, estar em convergência com as demais vontades estatais, quais sejam, a legislativa, a executiva e a acusatória.

É preciso ter a consciência de que o agir oficioso da autoridade judiciária é típico da estrutura inquisitorial de persecução penal. Nesse modelo de persecução a função acusatória é inexistente ou, se existente, prescindível. Nele, preponderam as funções estatais legislativa, executiva e judiciária. Na estrutura inquisitorial, a função acusatória, exercida por um órgão privativo, ou não, para promover a ação penal, não possui o caráter da essencialidade, vez que passível de supressão ou mesmo de ser neutralizada pela atuação oficiosa do julgador.

Aliás, no Brasil, no período de 1941 até antes de 1988, houve uma modelação única de persecução penal digna de registro. Nesse período histórico, foi estabelecida uma cultura, tipicamente de modelo autoritário de Estado (quando campeavam exatamente a ideologia do Estado Novo, sucedida pelo Regime Militar). Houve, naquela época, situação em que o juiz de direito (autoridade judiciária competente), no processamento das contravenções, desencadeava o “processo” por meio de portaria, conforme redação originária do artigo 531 do CPP de 1941. Àquele tempo, a função acusatória, pois, em muitos dos casos, limitava-se a deflagrar a jurisdição e a servir de consultoria do órgão jurisdicional. Essa é a ideologia fíncada no CPP de 1941 e que muitos órgãos — notadamente do Poder Judiciário —, ressalvadas honrosas exceções, insistem em praticar nos dias atuais. Daí ocorre a sobreposição da lei à atual Constituição Federal brasileira, especialmente no tocante à essencialidade conferida às instituições essenciais à justiça.

Com efeito, pela ideologia inquisitiva o julgador ordena a prisão de pessoas oficiosamente; não raras vezes em detrimento de promoção contrária e fundamentada do titular da função acusatória; quando recusa vigência à titularidade da ação penal pública, admitindo servidor da polícia a se imiscuir nessa função, privativamente fíncada ao Ministério

Público (caso das representações em medidas cautelares); quando trata as promoções do titular da função acusatória como meros pareceres (no âmbito dos Tribunais Judiciais essa é a praxe), tudo feito em prejuízo do texto constitucional que não mais admite atos de consultoria pelos órgãos do Ministério Público.

Ressalte-se que não se busca, no presente estudo, nenhuma revolução copérgica, mas apenas um reposicionamento das pedras basilares do sistema de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal que, ineludivelmente, adotam a estrutura acusatória e democrática para legitimar a restrição de direito fundamental.

Evidencia-se, nessa perspectiva, a impossibilidade jurídico-democrática de se condenar alguém ou proceder a qualquer outra restrição de direito fundamental ofensiva pelo órgão jurisdicional. Por ofensiva, entenda-se, sem requerimento do titular da função acusatória.

Daí decorre a necessária mudança de cultura em relação ao modelo de persecução penal brasileiro, tomado a partir das normas da atual Constituição Federal brasileira. Em suma, é possível posicionar-se pela possibilidade de um processo penal acusatório e democrático, livre, portanto, das premissas inquisitórias.

Sem embargo, apesar das mais recentes alterações legislativas inseridas no CPP de 1941, a prática judiciária, fortemente influenciada pela secular cultura inquisitorial brasileira, tem negligenciado a estrutura acusatória adotada constitucionalmente, fazendo perdurar uma dissonância com as normas constitucionais, como se verá a seguir.

5 A RESTRIÇÃO CAUTELAR DE DIREITO FUNDAMENTAL

Do que visto até o presente ponto, é possível sustentar que a prática reinante no sistema de justiça criminal brasileiro, orientada pela cultura inquisitorial, antidemocrática, portanto, tem na função acusatória a nota da prescindibilidade. Em boa medida, daí se origina a dificuldade de concretização das normas constitucionais fincadas na estrutura acusatória de persecução penal.

A função acusatória, pois, no contexto da cultura inquisitorial e do que se procura sustentar, é tomada por prescindível quando, na restrição de direito fundamental, possa o órgão do Poder Judiciário agir de

modo oficioso. Por modo oficioso, entenda-se como sendo a decisão judicial proferida sem pedido expresso e fundamentado do órgão titular da função acusatória.

Com efeito, é corrente, na atualidade, a autoridade judiciária ordenar a prisão preventiva de alguém (mesmo em sede pré-processual), ordenar a prisão temporária, autorizar a busca e apreensão em domicílio, autorizar a interceptação de comunicação telefônica, dentre outras medidas cautelares, sem requerimento do órgão titular da função acusatória. Assim procede na crença de estar autorizado pela lei, descuidando, contudo, das normas constitucionais regentes e fundantes do sistema de persecução penal.

Registre-se a atual previsão legal para a prisão preventiva, consideradas as alterações inseridas no CPP/1941 pela Lei nº 12.403/2011. Está em vias de sedimentação o entendimento no sentido de que o órgão jurisdicional, com competência penal, invocando a literalidade dos incisos I, II e III do artigo 310 do CPP, após receber a comunicação da prisão em flagrante de alguém, esteja autorizado, de ofício: a relaxar a prisão, “converter a prisão em flagrante em preventiva” e a conceder a “liberdade provisória”.

No tocante ao relaxamento da prisão em flagrante, restando evidenciada a ilegalidade, é dever do juiz proceder ao relaxamento, não apenas por conta do teor da lei, mas sobretudo em face do mandamento contido no inciso LXV do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Nesse particular o agir oficioso está legitimado.

Não diferente diz respeito à concessão de liberdade a alguém preso em flagrante. Não se aferindo, da situação concreta retratada no auto de prisão em flagrante, motivo suficiente para se manter o autuado na prisão, deverá o juiz conceder a liberdade, considerando o disposto no inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, que dita: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Observe-se que, nas duas situações acima referidas, a intervenção da autoridade judiciária pode ocorrer de ofício, vez que se mantém afinadas às normas constitucionais que atribui a essa autoridade o papel de garante dos direitos fundamentais. Essa é a função preponderante de qualquer órgão do Poder Judiciário, seja órgão singular, seja colegiado, na persecução penal: garante dos direitos fundamentais.

Essa função constitucional conferida ao Poder Judiciário, na persecução penal, não decorre da mera convicção pessoal do autor do presente escrito. Muito diverso, diz respeito e fundamenta-se na análise do conjunto das normas constitucionais pertinentes à persecução penal, notadamente em vista dos diversos incisos do artigo 5º e do artigo 129, inciso I, ambos da atual Constituição Federal brasileira; do disposto nos itens 5 e 6 do artigo 7 e no artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), com o *status* normativo supralegal (STF, 2009) e inserida na ordem jurídica nacional pelo Decreto nº 678/1992; além de autorizada literatura jurídica. (FERRAJOLI, 2002, p. 671; SILVA, 2011, p. 302; GIACOMOLLI, 2008, p. 35).

Nessa perspectiva, atuando como garante dos direitos fundamentais, a autoridade judiciária competente poderá intervir, mesmo de ofício, para salvaguardar algum desses direitos. Aliás, tratando exatamente das possibilidades de atuação *ex officio* do juiz, Giacomolli (2008, p. 35) assinala que “A única admissibilidade válida é da atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades”.

Observe-se que, nas hipóteses antes assinaladas, quais sejam, no relaxamento da prisão ilegal ou na concessão de liberdade, a intervenção oficiosa da autoridade judiciária competente estará legitimada porque em plena convergência com a função de garantia dos direitos fundamentais. Nesses casos, portanto, pode não ocorrer a intervenção da função acusatória.

De outro ponto, diametralmente oposto, está a previsão legislativa de “converter a prisão em flagrante em preventiva”. Para os que se contentam com o critério legal, certamente o órgão do Poder Judiciário estará, mesmo de ofício, apoiado no referido inciso II do artigo 310 do CPP brasileiro, legitimado a restringir a liberdade da pessoa como consequência jurídica da infração penal.

Distintamente das hipóteses de cabimento da intervenção oficiosa como garante dos direitos fundamentais, o caso da “conversão” da prisão em flagrante em prisão preventiva reclama a atuação do órgão titular da função acusatória. Por certo, trata-se de medida tendente a restringir (flexibilizar, mitigar) direito fundamental da pessoa, no caso, a liberdade, como consequência jurídica de fato razoavelmente concebido como infração penal. Para a concretização dessa medida pretendendo a restrição

cautelar de direito fundamental, é imprescindível a efetiva atuação da função acusatória.

Como adiantado, para a restrição cautelar de direito fundamental, ordenada por alguma autoridade judicial competente, necessariamente deverá haver a intervenção da função acusatória pretendendo essa restrição, pena de violação da estrutura acusatória da persecução penal constitucionalmente fixada. Nessa perspectiva, não é por demais lembrar que “a Constituição Republicana não é um mero enunciado de intenções, mas indica um perfil claro e consistente de processo penal acusatório (norte para todos os poderes)”. (GIACOMOLLI, 2008, p. 12).

Como antes assinalado, ainda perpetua a propagação nos manuais da disciplina processual penal a equivocada compreensão jurídica, afinada com a estrutura inquisitorial de persecução penal, no sentido de que a autoridade judiciária possa decretar a prisão cautelar de alguém prescindindo da atuação do titular da função acusatória. Nessa exata medida, registre-se a inadequada assimilação da titularidade privativa para o exercício da função acusatória pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I, da atual Constituição Federal), fazendo perdurar o fracionamento dessa função com a polícia na restrição cautelar de direito fundamental (OLIVEIRA, 2011, p. 12). Para além, propaga-se a admissibilidade da atuação oficiosa da autoridade judiciária. Essa ortodoxa posição aproxima — assemelha, reduz — a função da autoridade judiciária à de agente da segurança pública, em detrimento do relevante papel de garante dos direitos fundamentais preconizado pelo texto constitucional brasileiro de 1988. Está a sugerir que a ordem jurídica constitucional nacional, no tocante à persecução penal, tomada a partir de 05 de outubro de 1988, em pouco ou nada mudou em relação à ordem jurídica pretérita.

É certo que a lei infraconstitucional dita que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente, “converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes no art. 312 do Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão”, consoante artigo 310 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011.

Contudo, é preciso ousar e expor a face no sentido de que essa regra, seguindo os ditames inspirados na persecução penal do CPP de 1941, não se compatibiliza com as normas constitucionais. Ofende, de uma só tacada, a função acusatória e a função reservada à autoridade judiciária

como garante dos direitos fundamentais. Essa autoridade até pode decretar a prisão preventiva, mas condicionada a fazê-lo se requerida pelo titular da função acusatória.

Decretando a prisão preventiva, ou, como dito na lei, convertendo a prisão em flagrante em preventiva, de ofício, estará a autoridade judiciária fazendo perpetuar a antes referida “jurisdição-soberania”. Estará preponderando a atuação da jurisdição típica dos regimes autoritários e inquisitoriais. Em detrimento, portanto, de diversos princípios (da imparcialidade judicial, da inércia da jurisdição etc.) e, o mais gravoso, em detrimento da função constitucional de garante dos direitos fundamentais.

Nessa hipótese de restrição cautelar de direito fundamental não há democracia, não há participação da parte legitimada da função acusatória. Mantém-se o equívoco da atual praxe forense fundada em bases epistemológicas (ultra)passadas, vez que o modelo de persecução penal estruturado em bases inquisitoriais tem por prescindível a função acusatória e corrói o modelo acusatório e democrático concebidos na atual Constituição Federal.

6 A RESTRIÇÃO DEFINITIVA DE DIREITO FUNDAMENTAL

A referência à restrição definitiva de direito fundamental, aqui considerada, não implica na restrição permanente e inalterável. O termo “definitiva” pretende traduzir apenas a situação jurídico-processual da condenação criminal transitada em julgado e por meio da qual se restringe, nos limites da condenação, a liberdade ou algum outro direito fundamental da pessoa.

Como de conhecimento, a vivência sob a regência de um modelo de Estado fundado em bases democráticas, no Brasil, é recente. A experiência é pouca. Daí, afigura-se razoável ponderar que os clássicos ensinamentos de processo penal não se mostram suficientes a alcançar uma argumentação jurídica suficientemente robusta acerca do presente ponto. A exata dimensão do grau de importância dos atos de intervenção das partes no processo penal sugere um necessário desprendimento dos juízos e das promessas de certeza e de segurança propostos pelos Estados totalitários.

Nos Estados totalitários as bases formalistas conduzem, em certa medida, a justificar as suas funções como um fim, não como meio. Nesse

modelo de Estado, o terreno é fértil a fazer prosperar a antes mencionada “jurisdição-soberania”, por meio da qual a função jurisdicional prepondera em relação aos atos de vontade das partes envolvidas no conflito. Esse modelo de jurisdição, em sede de persecução penal, evidencia a proeminência da jurisdição em detrimento dos direitos fundamentais da pessoa.

Essa sobrevalorização da função estatal de dizer o direito (*jurisdictio*), pois, contrapõe-se em superioridade aos direitos fundamentais e torna possível a instrumentalização do ser-humano. Vale dizer, torna a pessoa um meio, não um fim da atuação do Estado. Decorre, daí, uma inconcebível e inaceitável rejeição de uma das mais virtuosas construções filosóficas acerca do agir moral humano, pelo imperativo categórico de Kant (2006, 182 p.), por meio do qual é permitido concluir que a pessoa humana não pode servir de meio, de instrumento para algum fim estatal, senão que seja um fim de todas as funções e ações do Estado.

Na estrutura inquisitorial de persecução penal, como mostram os registros históricos (GREEN, 2011; LAS CASAS, 2011), a pessoa é reduzida a objeto, meio e instrumento da supremacia estatal. Diferentemente, na estrutura acusatória de persecução, as funções estatais são delimitadas umas pelas outras. Busca-se o equilíbrio do jogo processual estabelecido pelas partes em contraditório e pelo consenso. Os argumentos das partes comporão o provimento final, nada obstante, em determinados casos, apenas uma delas deva prevalecer.

Nesse contexto, oportuno lembrar a compreensão de Alberton (2004, p. 90) no sentido de que “a jurisdição é histórica, e, portanto, deve se adequar ao Estado em que ela se realiza”. A jurisdição preconizada no CPP de 1941 certamente está afinada à Constituição de 1937, adequada ao Estado Novo. Mostra-se necessário, portanto, readequá-la e realizá-la em conformidade com o Estado Democrático de Direito, conforme normatizado no artigo 1º da atual Constituição Federal brasileira.

É preciso compreender que dentre os critérios legitimadores para a restrição de direitos fundamentais, na estrutura democrática de persecução penal, a Constituição Federal é a norma superior que contorna todas as funções estatais, sejam elas quais forem. No centro dessas estruturas ficam os direitos fundamentais, cuja restrição demanda a atuação conjunta (consenso) das funções legislativa, executiva, acusatória e judiciária.

A restrição desses direitos, pois, legitima-se pela atuação conjunta das respectivas funções estatais em cada modelo de Estado. No modelo

inquisitorial de persecução, a restrição estará legitimada pela intervenção das funções legislativa, executiva e judicial. No modelo acusatório, por seu turno, a legitimidade da restrição de direito fundamental estará satisfeita pela intervenção das funções legislativa, executiva, acusatória e judicial.

Verifica-se que na estrutura inquisitorial não se cogita da função acusatória. Nessa estrutura de persecução, mesmo que exista a função acusatória para provocar o órgão jurisdicional, atuará ele por meio do método conhecido por “denúncia”, cujas consequências processuais sintetizam: a) de não suportar o ônus probatório (PIERANGELI, 2004, p. 36-37, 64-65 e 101-111); b) o órgão denunciante, antes e após o “oferecimento” e “recebimento” da “denúncia”, possui um papel meramente figurativo, cujo pronunciamento não rompe a natureza consultiva em relação ao julgador.

Por sua vez, na estrutura acusatória não se terá por legítima a restrição de direito fundamental quando não houver pedido condenatório expresso e fundamentado do órgão legitimado para o exercício da função acusatória. Na estrutura acusatória de persecução penal a promoção da ação penal possui a natureza de acusação, cujas consequências processuais são: a) o acusador deve suportar o ônus probatório; b) o titular da função acusatória é órgão executivo cujo pronunciamento é de parte (de execução, não consultivo); c) o pedido de absolvição feito pelo acusador — apenas o absolutório — vincula o órgão julgador.

Oportuno ponderar, no presente ponto, que a imprescindibilidade é da função acusatória, não propriamente do Ministério Público (acusatório formal), vez que dita função pode ser sustentada pelo particular ofendido (acusatório material), como bem ressaltado por Binder (2003a, p. 251-258).

Sem embargo, é por demais sabido que essa compreensão preocupa os partidários da estrutura inquisitorial de processo penal, eis que, para a inquisição, conforme Binder (2003b, p. 55), “a indagação da verdade é unilateral, carente de diálogo e onde se confia finalmente na decisão de uma só pessoa”.

Os sintomas da perpetuação da estrutura inquisitorial ficam evidenciados quando por vezes ecoa alguma voz tentando sustentar que, se o pleito absolutório da acusação vincula o julgador, estará, assim, o órgão acusador, se substituindo ao julgador. Tal posição seguramente está inspirada no modelo inquisitório de persecução penal e traz consigo uma boa dose mística do caráter sacramental do julgador (GARAPON, 1997,

p. 25-93), pela qual há mais confiança no juízo de um único homem, em detrimento do senso comum de dois homens. Ignoram, pois, o caráter democrático contido nos modelos acusatórios que “se baseiam no debate e no diálogo, a discussão e a controvérsia são o método que permite indagar a verdade e confia-se neste mecanismo antes que na clarividência ou mérito de uma só pessoa”. (BINDER, 2003b, p. 55).

Considerada a seleção democrática dos direitos fundamentais pelas mais variadas forças políticas instituidoras do poder constituinte originário, como antes sustentado, não se mostra razoável que uma só pessoa, ainda que regularmente investida da função de dizer o direito (*jurisdictio*), possa, solitariamente, estar legitimada a restringir algum desses direitos. A estrutura democrática de Estado não se compraz com alguma legitimidade dessa ordem, notadamente quando assentada constitucionalmente a essencialidade da função acusatória (art. 127 da Constituição Federal). Essa pretensa legitimidade exercida por um julgador solipsista fica mais reduzida quando a restrição de direitos é procedida de modo oficioso, frise-se, sem requerimento do órgão titular da acusação.

Do que foi discorrido até a presente etapa, tem-se na estrutura democrática de Estado uma maior afinação com a restrição de direito fundamental fundada no consenso do órgão julgador com a tese acusatória ou com a tese defensiva. Quando a acusação e a defesa sustentam e requerem a absolvição, afigura-se estabilizado o exercício do contraditório entre as partes. Esse princípio nuclear do processo não pode ser realizado entre alguma das partes em face do julgador, mas apenas entre as partes. Daí, acrescido da imprescindibilidade (essencialidade constitucional) da função acusatória como legitimadora para a restrição de direito fundamental, acrescido da função de garante desse direito pela autoridade judiciária competente, forçoso ponderar pela inadmissibilidade de provimento judicial condenatório sem pedido do órgão acusador.

Ademais, constatando-se a inexistência de fundamentação do pleito absolutório ou sugestão de peita por parte do órgão acusador, poderá o julgador provocar as instâncias superiores da acusação para conhecimento e adoção de medida pertinente ao caso. No caso do pleito absolutório ser referendado pelas instâncias superiores do Ministério Público, não poderá outra decisão ser tomada senão o provimento final absolutório. Nessa ordem de reflexão o disposto no art. 385 do CPP de 1941 mostra-se ineficaz e não se compatibiliza com as normas constitucionais

democráticas, voltadas para o consenso das funções estatais na restrição de direito fundamental.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa direção do entendimento pautado nas atuais normas constitucionais, estruturadoras de um modelo de persecução penal nitidamente voltado para um processo penal acusatório e, portanto, democrático, afigura-se pela imprescindibilidade das funções essenciais à prestação jurisdicional. Todas as funções na estrutura democrática são fundamentais. Dentre tais funções, destaca-se a acusatória.

A essência da função acusatória, estabelecida no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, possibilita e assegura a imparcialidade e a independência do julgador na persecução penal. Sem ela, pois, a restrição de direito fundamental da pessoa, como consequência jurídica da infração penal, seja cautelar ou definitiva, fica eivada de um evidente déficit, senão mesmo destituída, no todo, da legitimidade democrática. Sem ela não se concretiza o almejado consenso a ser alcançado no provimento final pelas partes em contraditório.

A opção pelo Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal possibilita compreender que as decisões estatais, mormente aquelas que alcançam os direitos fundamentais, devem ser tomadas no plano do consenso.

Nesse contexto, a jurisdição necessita ser compreendida e concretizada dentro e conforme esse modelo de Estado, vale dizer, no seu tempo histórico. Quiçá a partir dessas reflexões as gerações futuras possam superar, tudo a seu tempo, os fundamentos lançados pelos princípios orientadores do modelo autoritário de Estado, com opção ao modelo democrático.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genecéia da Silva. Ação Comunicativa e Jurisdição: uma contribuição habermasiana. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, ano 12, v. 23, p. 85-102, jan./dez. 2004.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual penal**. Tradução de Fernando Zani, rev. e apres. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a. 292 p.

_____. **O descumprimento das formas processuais**: elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Tradução de Angela Nogueira Pessoa. rev. Fauzi Hassan Choukr, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003b. 122 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 349.703/RS, relator Min. Carlos Britto, julgado em 03.12.2008, DJe de 06.6.2009. Disponível em: <www.st.jus.br>. Acesso em: 16 jan. 2013.

BRITTO, Cláudia Aguiar S. Processo penal comunicativo: uma abordagem filosófica habermasiana para o processo penal. **Publica Direito**. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4558dbb6f6f8bb2e>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 766 p.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 345 p.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas – provas, ritos processuais, júri, sentenças. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 157 p.

GLEISER, Marcelo. **Criação imperfeita**. São Paulo: Record, 2010. 368 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. 243 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 219 p.

GREEN, Toby. **Inquisição: o reinado do medo**. Tradução de Cristina Calvalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. 463 p.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destrascendentalizada**. Tradução de Lucia Aragão, rev. Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. 111 p.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2 ed. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 551 p.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2006. 182 p.

KHALED JR, Salah H. **Ambição de verdade no processo penal** (deconstrução hermenêutica do mito da verdade real). Salvador: JusPodivm, 2009. 371 p.

LAS CASAS, Bartolomé de. **O paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América espanhola**. Tradução de Heraldo Barbuy. Porto Alegre: L & PM, 2011. 176 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional**. São Paulo: Landy Editora, 2002. 206 p.

MEDAWAR, Peter D. **Os limites da ciência**. Tradução de Antonio Carlos Bandouk. São Paulo: Unesp, 1984. 112 p.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal**: A bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 412 p.

_____. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço. **Para um processo penal democrático**: crítica à metástase do sistema de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 113 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Atualização do processo penal**: lei nº 12.403, de 05 de maio de 2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 884 p.

PIERANGELI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004. 786 p.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996. 199 p.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público**: dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003. 613 p.

RODRIGUES, João Gaspar. **O Ministério Público e um novo modelo de Estado**: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão dos poderes. Manaus: Editora Valer, Associação Amazonsense do Ministério Público, 1999. 237 p.

SILVA, Danielle Souza de Andrade e. **A investigação preliminar nos delitos de competência originária dos Tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 302 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 211 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. 231 p.



CONDENAÇÃO CRIMINAL COM BASE EM INDÍCIOS POSSIBILIDADE

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

*“Indícios são testemunhas mudas do fato”. (Borges da Rosa)
“Julgar com base em uma cadeia de indícios significa fazê-lo à luz dos
critérios da lógica humana”. (César Danilo Ribeiro de Novais)
“A rainha das provas é a lógica humana”. (Ferri)*

Resumo: O presente artigo tece breves comentários sobre a possibilidade de condenação penal com base em indícios. Visa rechaçar a ideia da prova indiciária ser uma prova de segunda categoria, sem força probante para uma condenação penal.

Palavras-chave: Indícios. Prova. Condenação. Possibilidade. Doutrina. Jurisprudência.

Abstract: This article presents brief comments on the possibility of criminal conviction based on evidence. Visa reject the idea of circumstantial evidence is proof of the second category, without evidential weight for a criminal conviction.

Keywords: Evidence. Proof. Condemnation. Possibility. Doctrine. Jurisprudence.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de todos os meios de provas no processo penal terem valor relativo, não existindo hierarquia entre eles, a prova indiciária é sempre vista por parte da doutrina com muita ressalva quando aplicada para a condenação de um acusado.

O objetivo deste breve estudo é, sem a pretensão de esgotar o vasto tema, demonstrar que a prova indiciária é perfeitamente válida para sustentar a condenação daquele que é acusado de um crime, mostrando

* Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela ESMP/MA. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público – GNMP.

que a jurisprudência pátria, afastando o preconceito, admite plenamente uma condenação criminal com base nos indícios.

2 QUAL O SIGNIFICADO DA PALAVRA INDÍCIO?¹

Segundo Aranha (2004, p. 208):

A palavra indício tem sua origem etimológica no termo latino *indicium*, que significava o que é apontado, o que é indicado, isto é, aquele que, pelos elementos colhidos, pelas circunstâncias fáticas assinaladas, é o provável autor do fato. É sempre um fato ligado ao crime que aponta e indica o possível autor. O indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*. É a conjectura provável de uma coisa incerta.

Popularmente indício tem significado de suspeita. Quando se fala que há indícios contra alguém, quer-se dizer que há suspeitas contra a referida pessoa. Isso ocorre muito em reportagens jornalísticas onde, por vezes, advogados declaram que “só há indícios contra o meu cliente”, “não há provas”, levando o termo indício a indicar mera suspeita, o que é consentâneo com a opinião pública.

Por outro lado, indício, em sentido comum, corresponde a sinal, argumento, vestígio, indicação, aspecto, aparência, mostra, rastro, marca, pegada, descoberta, revelação.

Em sentido jurídico, Moura (2009, p. 36) conceitua indício como:

todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de operação de raciocínio indutivo-dedutivo.

¹ Um estudo mais profundo sobre a prova indiciária é encontrado no livro “A prova por indícios no processo penal”, Ed. Lumen Juris, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura.

O Código de Processo Penal brasileiro usa a expressão indício ora como sinônimo de suspeita, ora como indicação e ora como meio de prova.

O juiz federal André Lenart elenca esses significados no CPP. Diz o magistrado²:

Na acepção de suspeita ou de elementos que propiciam uma suspeita, a palavra indício (no singular ou no plural) é utilizada, com diferentes adjetivações, por vários artigos do CPP:

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

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.

Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.

§ 1o A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Art. 417. Se houver indícios de autoria ou de participação de outras pessoas não incluídas na acusação, o

² LENART, André. Indícios e sua suficiência para condenação. Disponível em: <http://reservadejustica.wordpress.com>

juiz, ao pronunciar ou impronunciar o acusado, determinará o retorno dos autos ao Ministério Público, por 15 (quinze) dias, aplicável, no que couber, o art. 80 deste Código.

No sentido de indicações, aparece no art. 290:

Art. 290. Se o réu, sendo perseguido, passar ao território de outro município ou comarca, o executor poderá efetuar-lhe a prisão no lugar onde o alcançar, apresentando-o imediatamente à autoridade local, que, depois de lavrado, se for o caso, o auto de flagrante, providenciará para a remoção do preso.

§ 1o - Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.

De indício (no singular) como meio de prova trata o CPP no art. 239:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias³.

Nosso foco aqui consiste neste último sentido, qual seja, o indício tomado em sua dimensão probatória – também chamado de prova indireta ou indiciária.

3 INDÍCIO COMO MEIO DE PROVA

Como bem leciona Tourinho Filho (1997, p. 348):

o indício é, também, um meio de prova, e tanto o é, que o legislador o encartou no capítulo pertinente

³ Os artigos referidos são anteriores às Leis 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/09, que reformaram parte do CPP.

às provas, e, por isso mesmo, seu valor probatório é semelhante às chamadas provas diretas.

Na mesma esteira, leciona Capez (2004, p. 168):

toda a circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, pelo método indutivo, obtém-se a conclusão sobre um outro fato. A indução parte do particular e chega ao geral.

Assim, nos indícios, a partir de um fato conhecido, deflui-se a existência do que se pretende provar.

Indício é o sinal demonstrativo do crime: *signum demonstrativum delicti*. [...].

A prova indiciária é tão válida como qualquer outra – tem tanto valor quanto as provas diretas –, como se vê na Exposição de Motivos, que afirma inexistir hierarquia de provas, isto porque, como referido, o Código de Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz, desde que tais indícios sejam sérios e fundados.

Assim, como todo e qualquer meio de prova lícito aceito pelo ordenamento constitucional-criminal pátrio, os indícios podem resultar eficazes, ou não, para outorgar ao juiz a certeza processual de que necessita sobre o fato que investiga.

Não há, como dito, hierarquia entre as provas no processo penal brasileiro. Todas têm valor. E todas são relativas.

E se assim é, os indícios servem para embasar uma condenação criminal, tal como o depoimento de uma testemunha ou a prova pericial do fato.

Nesse sentido, lecionam Távora e Alencar (2009, p. 390):

Estamos diante de prova indireta, que exige uma ilação para que se chegue à determinada conclusão, mas nem por isso de menor importância do que as demais provas, indiretas ou não. Tem valor relativo como todas as demais, podendo lastrear validamente sentença condenatória ou absolutória.

Apesar da conclusão acima, não há como se negar, como dito alhures, que a prova indiciária é vista por

muitos com muita ressalva quando aplicada para a condenação de um acusado.

Hamilton (2000, p. 41-42) aponta com precisão o equívoco dessa visão preconceituosa, cuja lição vale transcrever:

Não há negar o preconceito que existe em relação ao valor da prova indiciária no campo do processo penal. Mais que preconceito; verdadeira superstição. Qualquer pessoa que exerça militância no foro criminal, certamente, já ouviu, mais de uma vez, a afirmação de que determinado réu logrou absolvição, visto que, em relação a ele, havia, *apenas*, indícios comprometedores, não se justificando, em razão disso, a expedição de um decreto condenatório. A alegação, dita, por vezes, com ares de verdade científica, exsurge, sob o aspecto processual, como rematado disparate. Com efeito, constituindo os indícios um dos meios de prova contemplados na nossa lei instrumental penal (art. 239), essa tomada de posição ressaibe a heresia processual. O fato de, no processo, existir, somente, prova indiciária, amparando a acusação, por si só, não impede o juiz de condenar o imputado. Quando em jogo o indício, como, de resto, quando em exame qualquer outra prova, cabe ao julgador, após acurada análise da instrução probatória, indagar, apenas, se a prova recolhida é *suficiente* para a condenação, pois, muitas vezes, prova pode haver, mas frágil, pouco convincente, contraditória e, pois, impeditiva de uma condenação. Outra não pode ser a conclusão a que nos leve a leitura do art. 386, VI, do Código de Processo Penal. Esta, segundo entendo, a exata colocação do tema em face do nosso direito positivo. A 'exposição de Motivos', que acompanha o código em vigor, deixa evidente o valor relativo de *todas* as provas, pondo em relevo que, nenhuma delas, *ex vi legis*, se revestirá de maior prestígio que outra. Assim pensando, o indício vem colocado em pé de igualdade com qualquer outro meio de prova, não se justificando, dessarte, qualquer preconceito,

no que respeita à sua aplicação. Ao juiz cumpre, somente, indagar se os indícios apurados compõem um quadro harmonioso que possa motivar a condenação do réu. Vencida aquela etapa (nem sempre fácil, assinale-se), e convencido o julgador da existência de uma instrução probatória suficiente para a condenação, pode e deve o magistrado expedir sentença condenatória, fundada, somente, nos dados colhidos através da prova indiciária.

4 INDÍCIO COMO PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO

Vigorando no Brasil o sistema do livre convencimento motivado onde o juiz é livre para decidir e apreciar as provas que lhe são apresentadas, desde que o faça de forma motivada e fundamentada (art. 155 do CPP c/c art. 93, IX, da CF) e não existindo hierarquia entre as provas, o magistrado – que é o destinatário da prova criminal – tem liberdade para avaliar o conjunto probatório e extrair da prova a sua essência, imprimindo em sua decisão o grau de importância das provas produzidas.

Ora, tendo o legislador admitido os indícios como meios de prova, não se pode negar possa o Juiz, mormente no sistema do livre convencimento, proferir um decreto condenatório, apoiando-se na prova indiciária.

Como conclui Moura (2009, p. 111):

17^a) Os indícios têm a mesma eficácia probante que qualquer outra prova, face ao princípio do livre convencimento.

O julgador deve sopesar todas as provas produzidas, sem prevalência de uma sobre outra, expondo, exaustivamente, na sentença, os motivos que o levaram ao convencimento.

18^a) Se, após criteriosa análise, os indícios não deixarem qualquer margem de dúvida, no espírito do julgador, quanto à certeza da imputação, poder-se-á dizer que a conclusão, do exame dos diversos indícios reunidos, é suficiente para a prolação de uma decisão condenatória.

Nucci (2007, p. 490) deixa consignado que:

Como já afirmamos em nota anterior, os indícios são perfeitos tanto para sustentar a condenação, quanto para a absolvição. Há autorização legal para sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja absolutamente imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados – a grande maioria – que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real.

E também Dezem (2008, p. 272) leciona de forma semelhante:

Natureza jurídica do indício – O indício é reconhecido pela doutrina como meio de prova (Denilson Feitoza Pacheco e Guilherme de Souza Nucci, entre outros). Valor probatório dos indícios. Tem-se admitido a utilização dos indícios como fundamento suficiente para a condenação. Tal ocorre de sua colocação como meio de prova e, também, dado o livre convencimento motivado que vigora no sistema (entre outros, defendem esta posição Mirabete e Nucci).

Seguindo a doutrina, a jurisprudência atual tem, reiteradas vezes, admitido a condenação criminal com base em indícios. Vejamos:

Supremo Tribunal Federal:

I. Sentença condenatória: justa causa conforme fundamentação idônea, baseada não apenas na confissão depois retratada do paciente, mas também na prova indiciária colhida em juízo, julgada bastante para elidir a verossimilhança de sua versão dos fatos: juízo de mérito a cuja revisão não se presta o habeas corpus. (...)” (HC 75.809/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, T1, 17.03.1998, DJ 17.04.1998, p.4).

Habeas-Corpus. Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e

239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexó com o fato a ser provado seja lógico e próximo. (...) ‘Habeas-corpus’ conhecido, mas indeferido”. (HC 70344/RJ, Rel. Min. Paulo Brossard, T2, DJ 22.10.1993)

(...) Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo aos requisitos do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88. 2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa (...)” (HC 15736/MG, T6, 03/04/2001, DJ 23.04.2001 p. 189).

Superior Tribunal de Justiça:

Processual penal. Recurso especial. Lei de Tóxicos (art. 12, §2º, II, c/c o art. 18, I). Art. 386, VI, do CPP. Dissídio pretoriano. (...) II. Uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenadas, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação (...) (REsp. 130570/SP, 5ª T, Rel. Min. Félix Fisher, DJ 06.10.1997).

Penal. Corrupção passiva. Magistrado. Condenação. Co-autoria. Advogado. 1. O crime de corrupção passiva, consoante antiga, mas ainda atual jurisprudência, “somente se perfaz, quando fica demonstrado, mesmo através de indícios, que o funcionário procurou alienar ato de ofício”. 2. O exame dos indícios resultantes do contexto probatório levam à conclusão de que houve entre os co-partícipes (magistrado e advogado) uma concorrência efetiva para a prática do delito de corrupção passiva. 3. Denúncia proce-

dente, com imposição das penalidades previstas lei. (Ap. nº 224/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, julgado em 01/10/2008, DJ 23/10/2008).

Processual penal. Sentença. Falta de fundamentação. Inocorrência. Prova indiciária. Suficiência. Condenação. Habeas Corpus. Revolvimento de material probatório. Via imprópria. 1. Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo ao requisito do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há que falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88. 2 Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa. 3. Nos moldes em que delineada a controvérsia, está-se, na verdade, pretendendo revolver material fático-probatório, intento não condizente com a via angustiado Habeas Corpus. 4. Ordem denegada. (HC 15736, 6ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03/04/2001).

Tribunais Regionais Federais

Penal. Processual penal. Roubo qualificado. Art. 157, §2º, I e II, do CP. Conjunto probatório. Prova indiciária. Art. 239 do CPP. Condenação. Possibilidade. Pena-base. Fixação acima do mínimo legal. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Art. 59 do CP. Possibilidade. Precedentes citados. 1. Comprovados de forma efetiva e inconteste a materialidade e a autoria, face ao robusto conjunto probatório, coerente em sua unidade pelo cotejo magistrado dos depoimentos e reconhecimentos firmes das testemunhas, bem como dos fortes e claros indícios existentes, imponível se mostra a manutenção do decreto condenatório. 2. O ordenamento jurídico pátrio acolhe a prova indiciária como lastro para que se possa prolatar um decreto condenatório – art. 239 do CPP. 3.

A prova fundada em indícios é bastante para a expedição de decreto condenatório, desde que esteja a demonstrar, de forma clara e precisa, a participação do réu na trama criminosa. 4 (...). 5. Recurso conhecido e não provido. (TRF 2ª Região, ACR 2603, Rel. Juiz Rogério Carvalho, DJU 12.03.2001).

Penal. Tráfico de entorpecentes. Art. 12 c/c art.18, III, da Lei 6.368. Receptação. Art. 180 do CP. Prova indiciária. Condenação. Possibilidade. Crimes conexos. Competência da Justiça Federal. Súmula 122/STJ. Dosimetria da pena. Art. 59 do CP c/c art.8º da Lei 8.072/90. Maus antecedentes. Concurso aparente de tipos. Crime de receptação e crime de quadrilha ou bando (art. 288, CP). Absolvição. Impossibilidade. Precedentes. 1. Podem os indícios amparar uma condenação criminal; contudo, exige-se que sejam os mesmos concludentes, veementes, convergentes, concatenados, não excluídos por quaisquer contra-indícios e exclusivos de qualquer hipóteses favorável ao acusado. 2. 'A prova fundada em indícios é bastante para a expedição de decreto condenatório, desde que esteja a demonstrar, de forma clara e precisa, a participação do réu na trama criminosa' (TRF 2ª Região, 3ª T, ACR 97.0226661-0, Rel. Des. Fed. Paulo Barata, un., DJ 17.02.1998). 3. Tem a jurisprudência pátria adotado a linha da segurança jurídica mitigada com a prevalência da Justiça Federal em casos conexos com crimes de sua competência. (TRF 2ª Região, 4ª T, ACR 2160, Rel. Juiz Rogério Carvalho, DJU 16.05.2000).

Penal. Facilitação de contrabando. Policial rodoviário federal. Indícios. Condenação. Prescrição. Extinção de punibilidade. 1. Já decidiram o STJ que 'uma sucessão de indícios e circunstâncias, coerentes e concatenados, podem ensejar a certeza fundada que é exigida para a condenação' (Resp 130570/SP, re.Min. Féliz Fisher, DJ 02.09.1997, p.50030); e o STF que 'os indícios, dado ao livre convencimento do juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles' (HC 70344/

RJ, rel.Min. Paulo Brossard, DJ 22.10.1993, p.22253).
 2. Contendo os autos sucessão de indícios lógicos a apontarem com clareza a autoria, permite-se a condenação. 3. Caracterizada a prescrição retroativa, pela pena in concreto, extingue-se a punibilidade. (TRF 4ª Região, 7ª T, ACR 199804010849145, Rel. Juiz José Luiz B. Germano Silva, DJU 16.01.2002).

Tribunais de Justiça

Penal. Processual. Apelação. Roubo. Militar. Elementos probatórios suficientes a arrimar o edito condenatório. Princípios da livre apreciação da prova e da verdade real. Condenação. Imposição. I – Ainda que, em fase judicial, nenhuma das provas a indicar de forma absoluta, a participação delitiva do réu, se suficientes e robustos os indícios a conduzirem como certa, essa participação, sobretudo corroborados por outros meios apurados no inquisitório, irrecomendável se lhe absolver. II – A esse pertine, é que, face o Princípio da Livre Apreciação das Provas e da Verdade Real, bem ainda, segundo critério crítico e racional, não vedado ao Magistrado, valer-se dos elementos coligidos no Inquérito, notadamente quando, a seu ver, seguros e concretos no firmar do edito condenatório. III – Recurso provido. Unanimidade. (TJMA, 1ª Câmara Criminal, Ap. Crim. nº 25244/2003, rel. Des. Antonio Fernando Bayma Araújo, j.14.12.2004).

Apelação. Crime contra a Administração Pública. Fraude no processo licitatório. Art.90 da Lei nº 8.666/93. Indícios. Prova suficiente. Condenação mantida. Suspensão dos direitos políticos. Medidas restritivas de direito. Tendo-se em conta que nosso diploma processual penal erigiu os indícios à categoria de prova direta, é possível a ocorrência de um decreto condenatório com suporte nessa modalidade probatória, sobretudo se corroborados por outros elementos de convicção. Ademais, é impos-

sível a absolvição por inexistência de provas quando o conjunto probatório aponta de forma inequívoca a materialidade do delito e sua autoria. Compete à Justiça Eleitoral suspender direitos políticos, que é uma consequência da condenação criminal. Também, por ter sido o condenado beneficiado com medidas restritivas de direito, encontrando-se no gozo de seu 'status libertatis', inexistindo limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, à primeira vista, não poderá ter seus direitos políticos suspensos. (TJMG, 3ª Câm. Crim., Ap. Crim. nº 1.0054.01.001253-9/001, rel. Des. Paulo Cezar Dias, DJ 02.06.2007).

Apelação. Arts.180 e 311 do CP. Autoria comprovada. Forte conjunto de indícios. Condenação mantida. Um conjunto de fortes indícios, todos apontando para a autoria por parte do réu, tanto da receptação quanto da adulteração, é suficiente para embasar um decreto condenatório. Quase impossível que o órgão acusador reúna prova direta, em tais casos. Recurso da defesa improvido. (TJRS, 4ª Câm. Crim., Ap. Crim. nº 70031638315, rel. Des. Gaspar Marques Batista, j. 22.10.2009).

Pela análise dos julgados acima mencionados resta clara a possibilidade dos indícios serem usados como fundamento de uma sentença penal condenatória, sendo que a cautela recomendada em analisar-se os indícios para a condenação, em nosso sentir, é a mesma cautela utilizada na hora de valorar-se o depoimento de uma testemunha, as palavras da vítima e mesmo a confissão do acusado, não se interpretando os indícios com maior severidade que as outras provas, exatamente pelo fato de não haver hierarquia entre as provas e devido ao livre convencimento motivado do magistrado.

5 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS INDÍCIOS

Cabendo ao Ministério Público a função constitucional de promover a ação penal pública (art. 129, I, da CF) e fiscalizar a exe-

cução da Lei (art. 257 do CPP com redação da Lei 11.719/08), deve o Órgão Ministerial não descuidar de analisar e demonstrar ao magistrado a existência de indícios suficientes para a condenação do acusado, não relegando a prova indiciária como prova secundária, mas tratando-a em igualdade de importância com as demais provas trazidas aos autos.

Os menores indícios que sejam, devem ser bem analisados e avaliados, pois a existência de múltiplos indícios, desde que concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são meios fortes de se convencer o magistrado de carreira e também os juízes leigos do Tribunal do Júri da existência do crime e da autoria delitiva, sendo suficientes para uma decisão condenatória.

Nesse ponto, interessante passagem conta Lyra (2010, p. 146). Diz o príncipe dos Promotores:

Ao organizar a cadeia de indícios contra um réu, hesitei em incluir esta circunstância assinalada na pronúncia: o crime ocorrera no sítio em que morava a vítima e o cachorro desta não latiu. Limitei-me a acentuar: 'Ora, o animal conhecia o acusado; logo, quem entrou no sítio para matar a vítima foi o acusado'. E pensei, cá comigo: os vizinhos não ficaram todo o tempo registrando os latidos. E a falta poderia provir de outra causa. O cão poderia ter saído... Desdenhei daquele procurador Cassignol de Anatole France, que, em idênticas circunstâncias, explicara: 'o cão não latiu contra o assassino porque o conhecia!'. O réu foi condenado, e o jurado mais influente explicou-me, ao despedir-se: 'Nós todos podemos nos enganar. O cachorro não se engana. Foi o homem mesmo'. E aprendi. O indício que eu considerava mais foi decisivo.

O registro de Lyra serve para alertar que nenhum indício deve ser de plano descartado, pois o somatório dos indícios pode levar a uma justa condenação criminal e o Ministério Público, na condição de defensor do ordenamento jurídico, deve ficar atento e analisar todos os indícios dando-lhes a importância devida.

6 CONCLUSÃO

Doutrina e Jurisprudência atual, inclusive dos Tribunais Superiores, são amplamente favoráveis à possibilidade de condenação com base em indícios.

Não se admitir os indícios como base para condenar um réu no processo penal é fruto de preconceito e de discursos defensivos falaciosos que se esquecem do livre convencimento motivado do juiz e que o sistema brasileiro de avaliação das provas não é hierarquizado, tendo toda prova valor relativo.

O Ministério Público como defensor do ordenamento jurídico, fiscal da execução da lei e promotor da ação penal pública deve ficar atento a todo e qualquer indício para que a somatória dessas provas levem o réu penal a uma condenação.

Pouco importa quais são os tipos de provas juntadas aos autos contra um acusado (testemunhal, indícios, confissão etc.). Sendo elas lícitas e suficientes para a condenação, deve o Ministério Público pugnar pela aplicação de pena ao acusado e o magistrado, motivadamente, prolatar sentença condenatória.

Finalizamos com a lição de Freire Júnior e Senna Miranda (2009, p. 115), que afirmam:

Não existindo qualquer dúvida razoável que impeça a condenação, se o fato foi provado por testemunhas, indícios, confissão, reconhecimento de pessoa, acareação ou prova inominada, pouco importa, é possível a condenação do réu. Não admitir isso é relegar o indício à noção de prova de segunda linha ou hierarquicamente inferior às demais provas.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: EDJ, 2004.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal**. Campinas: Millennium, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê; SENNA MIRANDA, Gustavo. **Princípios do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LENART, André. **Indícios e sua suficiência para condenação**. Disponível em: <<http://reservadejustica.wordpress.com>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

LYRA, Roberto. **Como julgar, como defender, como acusar**. Belo Horizonte: Líder, 2010.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

AS FORMAS E OS SUJEITOS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

*André Gonzalez Cruz**

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo o estudo das formas e dos sujeitos da violência doméstica e familiar contra a mulher, tomando como parâmetro a doutrina e a jurisprudência.

Palavras-chave: Formas. Sujeitos. Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Abstract: This work aims at studying the forms and subjects of domestic violence against women, taking as parameter the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Forms. Subject. Domestic and Family Violence against Women.

São inúmeras as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher¹. O art. 7º, *caput*, da Lei Maria da Penha, dispõe que as espécies de violência doméstica e familiar contra a mulher, comentadas a seguir, são meramente exemplificativas, ao estabelecer que “são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras”, merecendo, portanto, especial atenção.

* Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho (UGF) e Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão (ESMP/MA), em convênio com a Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Analista e Assessor de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão. Membro Efetivo da Academia Maranhense de Letras Jurídicas (AMLJ) e da Academia Ludovicense de Letras (ALL).

¹ O Projeto de Lei nº 555/2013, que tramita na Câmara dos Deputados, objetiva alterar a Lei Maria da Penha, para o fim de criar mecanismos para o combate às condutas ofensivas contra a mulher na internet ou em outros meios de propagação da informação. O referido projeto pretende adicionar um inciso VI ao art. 7º da Lei nº 11.340/2006, que, por seu turno, dispõe acerca de algumas das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, configurando como esta forma a “violação da sua intimidade”, assim entendida como a divulgação por meio da internet, ou em qualquer outro meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados de origem pessoal, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Inicia-se pela **Violência Física**, a qual, com fundamento no art. 7º, I, da Lei nº 11.340/2006, traduz-se como “qualquer conduta que ofenda sua integridade física ou saúde corporal”, revelando-se a espécie mais conhecida, e reconhecida, de violência doméstica e familiar contra a mulher, com a utilização da força, mediante empurrões, socos, tapas, pontapés, arremesso de objetos, queimaduras etc., deixando, ou não, marcas na vítima. (CUNHA; PINTO, 2008).

Como afirma Porto (2007, p. 25), a violência física “é a ofensa à vida, saúde e integridade física. Trata-se da violência propriamente dita, a *vis corporalis*”.

Hermann (2007, p. 108-109) aduz também que a integridade física da mulher pode ser ferida tanto por agressão como por omissão:

Conduta omissiva possível é a negligência, no sentido de privação de alimentos, cuidados indispensáveis e tratamento médico/medicamentoso a mulher doente ou de qualquer forma fragilizada em sua saúde, por parte do marido, companheiro, filho(as), familiares e afins. Exemplo de conduta comissiva de ofensa à saúde corpórea da mulher vítima de violência doméstica e familiar é a exploração de seu trabalho braçal para desempenho de tarefas domésticas ou outras incompatíveis com sua capacidade física, idade ou condição de saúde. As condutas de ofensa à integridade física podem ser compreendidas como aquelas que causem ferimentos ou lesões, podendo levar inclusive à morte.

As suas condutas estão contidas no Código Penal, configurando os delitos de lesão corporal, homicídio e tentativa de homicídio, por exemplo, ou, ainda, na Lei de Contravenções Penais, como é o caso das vias de fato. Quando a referida forma de violência é praticada, regra geral, a vítima já sofreu muitas outras formas de violência doméstica e familiar, de menos visibilidade.

Em seguida, ganha relevo a **Violência Psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause um dano emocional e diminuição da sua autoestima ou que lhe prejudique ou perturbe o pleno desenvolvimento ou, ainda, que objetive degradar ou controlar as suas ações, deci-

sões, crenças e comportamentos, por intermédio do uso da ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, chantagem, perseguição contumaz, insulto, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (art. 7º, II, da Lei nº 11.340/2006).

Ela também pode ser entendida como a agressão emocional, tendo como seu comportamento mais típico a ameaça, a rejeição, a humilhação ou a discriminação da vítima, demonstrando o agressor evidente prazer quando vê sua mulher se sentir amedrontada, inferiorizada e discriminada. (CUNHA; PINTO, 2008).

Esta espécie de agressão é tão grave como a física e se manifesta em vários domínios, nem sempre no confronto direto, face a face, sendo uma das formas mais sutis e refinadas de manipulação, controle e domínio pelo homem. (CARAM, 1978).

Lange (2004, p. 117) assinala que “a violência psicológica é mais difícil de ser provada, uma vez que suas marcas não são visíveis, por isso mesmo convencionou-se chamar de *cicatrices da alma*”.

Exemplo de como essa forma de violência doméstica pode se desenvolver é a prática de gestos, atitudes, palavras ou, até mesmo, através de um olhar, tendo em vista que “numerosas são as formas de que se reveste a violência como ingrediente de muitas ações humanas”. (PEREIRA, 1975, p. 61).

A **Violência Sexual** é uma outra forma de manifestação, compreendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante o uso da intimidação, ameaça, coação ou, ainda, da força, induzindo-a a comercializar ou a utilizar, de qualquer forma, sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, à prostituição ou ao aborto, através da coação, chantagem, suborno ou manipulação, ou, por último, que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (art. 7º, III, da Lei nº 11.340/2006).

Uma parcela bem minoritária da doutrina e da jurisprudência considera que o marido que usa violência ou ameaça para praticar relação sexual com sua esposa, que não o deseja, não comete nenhum delito, porque no matrimônio a mulher tem a obrigação de manter relacionamento sexual com seu cônjuge. Todavia, este tipo de entendimento é dos mais re-

trógrados e representa o modelo patriarcalista em que a mulher é inferior ao homem, seja dentro ou fora de casa.

Isto acontece porquanto as agressões dessa natureza provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, costumeiramente, por ocultar o que ocorreu (CUNHA; PINTO, 2008).

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2013, o número total de estupros aumentou 19,3% em relação ao ano anterior, 2012, atingindo 50,6 mil casos, ou seja, quase 6 denúncias a cada hora; chamando atenção para esta que é tida como a forma de violência mais grave contra a mulher depois do assassinato.

No que concerne à **Violência Patrimonial**, esta é conceituada como qualquer conduta que configure a retenção, subtração ou destruição, parcial ou totalmente, de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores, direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as suas necessidades (art. 7º, IV, da Lei nº 11.340/2006).

Dias (2007, p. 52-53) reconhece como violência patrimonial:

O ato de “subtrair” objetos da mulher, o que nada mais é do que furto. Assim, se subtrair para si coisa alheia móvel configura o delito de furto, quando a vítima é mulher com quem o agente mantém relação de ordem afetiva, não se pode mais reconhecer a possibilidade de isenção de pena. O mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial “apropriar” e “destruir”, os mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece e nem fica sujeito à representação.

Porto (2007) assevera que, em face da tradição cultural, que já começa a cair por terra, o homem é negociante mais astuto e mantém o domínio dos investimentos e bens do casal, sendo-lhe, assim, mais fácil desviar o patrimônio e valores em seu favor. Contudo, nada há que impeça a mulher de alcançar e desenvolver tal astúcia, o que, inclusive, já vem acontecendo, na medida em que ela ganha

crescentemente espaço na educação, no mercado de trabalho e no mundo cultural.

A **Violência Moral**, por sua vez, é compreendida como qualquer conduta que consista na prática de calúnia, difamação ou injúria, previstos, respectivamente, nos arts. 138, 139 e 140 do Código Penal, objetivando a proteção da honra das pessoas.

Enquanto a calúnia e a difamação atingem a honra objetiva, ou seja, afetam a reputação da pessoa no grupo social, a injúria atinge a honra subjetiva, que está relacionada com os valores pessoais, com a dignidade. A calúnia e a difamação se consumam quando terceiros tomam conhecimento da imputação do fato ofensivo, e, para se consumar o delito de injúria, é necessário que a vítima tome conhecimento da imputação formulada. (FRANCO; STOCO, 2007). Na calúnia, o fato imputado pelo ofensor à vítima é definido como crime.

Segue abaixo a transcrição dos referidos dispositivos.

Calúnia - Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Difamação - Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Injúria - Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Segundo Cunha e Pinto (2008, p. 65), o delito de calúnia é “imputar à vítima a prática de determinado fato criminoso sabidamente falso”, de difamação é “imputar a prática de determinado fato desonroso” e o de injúria é “atribuir à vítima qualidades negativas”.

Quanto aos sujeitos, frisa-se que a classificação, aqui utilizada, de polo ativo e polo passivo da violência em tela, é empregada apenas para o fim de facilitar a compreensão de quem podem ser os agressores e as vítimas daqueles delitos, na medida em que, como registrado anteriormente, o poder é algo que circula e, assim, não é uma via de mão única, ou seja, a mulher não responde estaticamente àquela violência. Muito pelo contrário, ela interage, seja repelindo ou até contribuindo para sua perpetuação na relação conflitiva. (FOUCAULT, 1979).

Asseveram Kümpel e Souza (2008) que a violência doméstica é a que ocorre no âmbito familiar e que tem como característica a convivência afetiva e íntima tanto atual como aquela ocorrida no passado, não sendo necessário que haja coabitação, podendo vincular no polo ativo qualquer pessoa, seja homem ou mulher, como tem decidido reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

2. Sujeito passivo da violência doméstica objeto da referida lei é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, Conflito de Competência nº 96.533/MG, relator Ministro Og Fernandes, julgado em 05/12/2008, DJ de 05/02/2009).

Necessário registrar que o referido conceito não somente abarca o marido ou o companheiro da vítima, mas, também, o seu ex-marido ou ex-companheiro, desde que haja nexos entre a agressão e a relação íntima de afeto, como já decidiu o STJ:

1. A Lei 11.340/06 buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexos entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois. 2. A conduta atribuída ao ex-companheiro da vítima amolda-se, em tese, ao disposto no art. 7º, inciso I, da Lei 11.340/06, que visa a coibir a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou a saúde corporal da mulher, a violência psicológica e a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. 3. Ao cuidar da competência, o art. 41 da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) estabelece que, aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099/95 (Lei dos

Juizados Especiais Criminais). O art. 33 da citada Lei, por sua vez, dispõe que enquanto não estiverem estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as Varas Criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes de violência doméstica. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, Conflito de Competência nº 102.832/MG, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/03/2009, DJ de 22/04/2009).

Quanto à incidência da Lei Maria da Penha para casais de namorados² ou ex-namorados, perfeitamente possível, como tem decidido reiteradamente o Tribunal da Cidadania:

1. Caracteriza violência doméstica, para os efeitos da Lei 11.340/2006, quaisquer agressões físicas, sexuais ou psicológicas causadas por homem em uma mulher com quem tenha convivido em qualquer relação íntima de afeto, independente de coabitação. 2. O namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação; portanto, a agressão do **namorado** contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. 3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir os conflitos nºs 91980 e 94447, não se posicionou no sentido de que o namoro não foi alcançado pela **Lei Maria da Penha**, ela decidiu, por maioria, que naqueles casos concretos, a agressão não decorria do namoro. 4. A **Lei Maria da Penha** é um exemplo de implementação para a tutela do gênero feminino, devendo ser aplicada aos casos em que se encontram as mulheres vítimas da violência doméstica e familiar. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª

² Um Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, de nº 4367/2008, objetiva a alteração da Lei Maria da Penha, para o fim de assegurar que o namoro, ainda que acabado, configura relação íntima de afeto abarcada pela referida legislação.

Seção, Conflito de Competência nº 96.532/MG, relatora Ministra Jane Silva, julgado em 05/12/2008, DJ de 19/12/2008).

Contudo, bastante desarrazoada a interpretação daquela Corte de Justiça no sentido de que a proteção da Lei Maria da Penha não incide nas relações de namoro eventuais, efêmeros e/ou passageiros, como se vê abaixo:

1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo - relação íntima de afeto - para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção, Conflito de Competência nº 100.654/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 25/03/2009, DJ de 13/05/2009).

Tal conclusão é chegada porque a situação retrata a exigência de convivência duradoura no namoro, o que não é exigido para a configuração da violência contra a mulher da Lei Maria da Penha, bem como representa certo aval, para a perpetração da dita violência, nos namoros de curta duração, pois conhecido que o agressor terá direito, regra geral, aos institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais.

Interessante pontuar que a CPMI da Violência Contra a Mulher, do Congresso Nacional de 2013 efetuou, inclusive, recomendações aos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público para, quando da aplicação da Lei Maria da Penha, afastarem as interpretações sexistas e discriminatórias, observando, portanto, que as mulheres devem ser protegidas em “qualquer relação íntima de afeto”, consoante determina o art. 5º, III, da referida legislação, sem perquirir a duração da relação, se há fidelidade ou qualquer outra interpretação moral que possua tendência de retirar a proteção de supostas “amantes”, “ficantes” etc.

Já quanto à amplitude do conceito de sujeito passivo, Dias (2007) argumenta que não só as esposas, companheiras e as amantes estão no rol de abrangência do delito de violência doméstica e familiar, mas, ainda, as filhas e as netas do agressor, bem como sua mãe, avó, sogra ou qualquer outra parente que mantém, ou manteve, vínculo familiar com ele, podem integrar o polo passivo da ação delituosa.

Vale pontuar que o enquadramento como sujeito ativo ou passivo da violência doméstica e familiar contra a mulher independe de orientação sexual, como dispõem os arts. 2º e 5º, parágrafo único, da Lei Maria da Penha.

Sobre o dito assunto, Gomes e Bianchini (2006, p. 1) assinalam que o sujeito ativo da violência doméstica e familiar pode ser o homem, a mulher ou ter qualquer outra orientação sexual:

Sujeito ativo da violência pode ser qualquer pessoa vinculada com a vítima (pessoa de qualquer orientação sexual, conforme o art. 5º, parágrafo único): do sexo masculino, feminino ou que tenha qualquer outra orientação sexual. Ou seja: qualquer pessoa pode ser o sujeito ativo da violência; basta estar coligada a uma mulher por vínculo afetivo, familiar ou doméstico: todas se sujeitam à nova lei. Mulher que agride outra mulher com quem tenha relação íntima: aplica a nova lei. A essa mesma conclusão se chega: na agressão de filho contra mãe, de marido contra mulher, de neto contra avó, de travesti contra mulher, empregador ou empregadora que agride empregada doméstica, de companheiro contra companheira, de quem está em união estável contra a mulher etc.

Já quanto ao sujeito passivo, Cunha e Pinto (2008, p. 176) frisam:

Notável a inovação trazida pela lei neste dispositivo legal, ao prever que a proteção à mulher, contra a violência, independe da orientação sexual dos envolvidos. Vale dizer, em outras palavras, que também a mulher homossexual, quando vítima de ataque perpetrado pela sua parceira, no âmbito da

família – cujo conceito foi nitidamente ampliado pelo inciso II, deste artigo, para incluir também as relações homoafetivas – encontra-se sob a proteção do diploma legal em estudo.

Dessa forma, no momento em que é afirmado que está sob o domínio da lei a mulher, sem se distinguir sua orientação sexual, abrange-se tanto as lésbicas como as travestis, os transexuais e os transgêneros que mantêm relação íntima de afeto, seja num ambiente familiar ou, ainda, de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam uma proteção especial.

Assim, entende-se que a Lei Maria da Penha, ao ampliar o conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo as relações homoafetivas no âmbito de sua aplicação, avançou bastante, reconhecendo expressamente a união de pessoas do mesmo sexo, questão ainda polêmica no cenário jurídico pátrio, mas reconhecida por grande parte da jurisprudência. (OLIVEIRA, 2009).

Dessa forma, a Lei nº 11.340/2006 levou em consideração a realidade social, com toda sua evolução, não deixando, assim, o legislador, abandonadas as relações de íntimo afeto atualmente existentes, como é o caso dos homossexuais e, também, dos heterossexuais nas suas relações mais diversificadas, abrangendo as pessoas que convivem juntas e as que se agregam por questões econômicas, de trabalho e de amizade, dentre outros motivos.

Para Jesus e Oliveira, é possível ainda a aplicação da Lei Maria da Penha no caso de empregada doméstica que sofre violência doméstica e familiar frente ao seu patrão, conforme se vê a seguir.

Não se pode afirmar que essas normas foram expressas visando a proteção da empregada doméstica. De ver-se, entretanto, que não se pode dizer que a excluíram de sua incidência, até porque o mandamento constitucional proíbe a violência no âmbito das relações familiares. A questão é saber se a empregada doméstica insere-se nesse contexto, uma vez que a nova lei ordinária delimita o campo da sua incidência como sendo “o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as

esporadicamente agregadas [...]”. Para que se possa opinar sobre a questão proposta, é também necessário lembrar o conceito legal de empregado doméstico como sendo ‘aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas’ (art. 1º da Lei 5.859/72). Essa prestação de serviços no seio das famílias e no ambiente residencial é que justifica o tratamento legal dado à relação de trabalho doméstico e sua forma de proteção [...]. A propósito, os escritores nunca desprezaram os empregados domésticos. No passado, encontramos a figura do mordomo fiel, que muito se prestou a tantas peças literárias, sendo amiúde, a chave do deslinde de histórias policiais misteriosas. Hoje, diante das transformações da família e da vida moderna, a figura da empregada da casa passou a ser objeto de peças teatrais, algumas de muito sucesso, aparecendo como protagonista principal do enredo, tal o seu envolvimento com a vida das pessoas da residência. De se concluir, pois, que ela merece a proteção da Lei 11.340/2006. (apud CUNHA; PINTO, 2008, p. 49).

Ainda que transpareça desnecessário, calha asseverar que pessoas jurídicas não se enquadram como sujeitos da Lei Maria da Penha, tendo em vista o âmbito de sua incidência, lembrando que estão abarcadas, por aquela, as violências praticadas na unidade doméstica, em relações familiares ou, até mesmo, nas íntimas de afeto.

Por último, existem ainda aqueles que advogam a tese de que o homem pode ser sujeito passivo de violência protegida pela Lei Maria da Penha. A argumentação daqueles que assim entendem, de regra, está associada à inconstitucionalidade de tal diploma, como decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ/MG):

A inconstitucionalidade por discriminação propiciada pela lei Federal 11.340/06 (Lei Maria da Penha) suscita a outorga de benefício legítimo de medidas assecuratórias apenas às mulheres em situação de violência doméstica, quando o art. 5º, II, c/c art. 226,

§ 8º, da Constituição Federal, não possibilitaria discriminação aos homens em igual situação, de modo a incidir em inconstitucionalidade, no entanto, não autoriza a conclusão de afastamento da lei do ordenamento jurídico, mas tão-somente a extensão dos seus efeitos aos discriminados que a solicitarem perante o Poder Judiciário, caso por caso, não sendo, portanto, possível a simples eliminação da norma produzida como elemento para afastar a análise do pedido de quaisquer das medidas nela previstas, porque o art. 5º, II, c/c art. 21, I e art. 226, § 8º, todos da Constituição Federal, compatibilizam-se e harmonizam-se, propiciando a aplicação indistinta da lei em comento tanto para mulheres como para homens em situação de risco ou de violência decorrentes da relação familiar. Inviável, por isto mesmo, a solução jurisdicional que afastou a análise do pedido de imposição de medida assecuratórias em face da só inconstitucionalidade da legislação em comento, mormente porque o art. 33 da referida norma de contenção acomete a análise ao Juízo Criminal com prioridade, sendo-lhe lícito determinar as provas que entender pertinentes e necessárias para a completa solução dos pedidos. Recurso provido para afastar o óbice. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 1ª Câmara Criminal. Apelação Criminal nº 1.0672.07.244893-5/001, relator Desembargador Judimar Biber, julgado em 06/11/2007, DJ de 21/11/2007).

Todavia, pouco depois, teve-se conhecimento de uma decisão concedida por um magistrado do Juizado Especial Criminal Unificado de Cuiabá/MT, estendendo a aplicação da Lei Maria da Penha ainda para proteger os homens:

Embora em número consideravelmente menor, existem casos em que o homem é quem vem a ser vítima da mulher tomada por sentimentos de posse e de fúria que levam a todos os tipos de violência, diga-se: física, psicológica, moral e financeira. No entanto, como bem destacado pelo douto causídico, para

estes casos não existe previsão legal de prevenção à violência, pelo que requer a aplicação da lei em comento por analogia. Tal aplicação é possível?

A resposta me parece positiva. Vejamos: É certo que não podemos aplicar a lei penal por analogia quando se trata de norma incriminadora, porquanto fere o princípio da reserva legal, firmemente encabeçando os artigos de nosso Código Penal: “Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Se não podemos aplicar a analogia *in malam partem*, não quer dizer que não podemos aplicá-la *in bonam partem*, ou seja, em favor do réu quando não se trata de norma incriminadora, como prega a boa doutrina: “Entre nós, são favoráveis ao emprego da analogia *in bonam partem*: José Frederico Marques, Magalhães Noronha, Aníbal Bruno, Basileu Garcia, Costa e Silva, Oscar Stevenson e Narcélio de Queiróz” (DAMÁSIO DE JESUS – Direito Penal - Parte Geral – 10ª Ed. pág. 48). Ora, se podemos aplicar a analogia para favorecer o réu, é óbvio que tal aplicação é perfeitamente válida quando o favorecido é a própria vítima de um crime. Por algumas vezes me deparei com casos em que o homem era vítima do descontrole emocional de uma mulher que não media esforços em praticar todo o tipo de agressão possível contra o homem. Já fui obrigado a decretar a custódia preventiva de mulheres “à beira de um ataque de nervos”, que chegaram a tentar contra a vida de seu ex-consorte, por pura e simplesmente não concordar com o fim de um relacionamento amoroso. Não é vergonha nenhuma o homem se socorrer ao Poder Judiciário para fazer cessar as agressões da qual vem sendo vítima. Também não é ato de covardia. É sim, ato de sensatez, já que não procura o homem/vítima se utilizar de atos também violentos como demonstração de força ou de vingança. E compete à Justiça fazer o seu papel de envidar todos os esforços em busca de uma solução de conflitos, em busca de uma paz social.

No presente caso, há elementos probantes mais do que suficientes para demonstrar a necessidade de se deferir as medidas protetivas de urgência requeridas, pelo que defiro o pedido e determino à autora do fato o seguinte: 1. que se abstenha de se aproximar da vítima, a uma distância inferior a 500 metros, incluindo sua moradia e local de trabalho; 2. que se abstenha de manter qualquer contato com a vítima, seja por telefonema, e-mail, ou qualquer outro meio direto ou indireto. Expeça-se o competente mandado e consigne-se no mesmo a advertência de que o descumprimento desta decisão poderá importar em crime de desobediência e até em prisão. (CONSULTOR JURÍDICO, 2008).

Assim já entendeu, também, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJ/MT), afirmando a possibilidade da concessão de medidas protetivas contidas na dita lei em favor de um homem, em face do princípio da analogia *in bona partem*.

Louve-se a coragem cívica do autor da representação, em procurar resolver a questão que lhe aflige, na justiça; louve-se o nobre advogado que teve o necessário discernimento para buscar na Lei Maria da Penha, arrimado no princípio da analogia, a proteção de seu constituinte, mesmo quando todas as evidências indicavam que a referida Lei não poderia ser invocada para proteger o homem, haja vista que esta norma veio e em boa hora, para a proteção da mulher; louve-se, por fim, o diligente e probo magistrado que ousou desafiar a Lei. Com sua atitude, o magistrado apontado como autoridade coatora, não só pôs fim às agruras do ex-companheiro da paciente, como, de resto e reflexamente, acabou por aplicar a Lei em favor da mesma. O raciocínio tem sua lógica, levando-se em conta que, em um dado momento, cansado das investidas, o autor da representação poderia revidar e, em assim agindo, poderia colocar em risco a incolumidade física da paciente. Da análise de todo o processado, não vislumbrei possibili-

dade de atender aos reclamos dos impetrantes, em favor da paciente, seja para afastar as medidas protetivas em favor do seu ex-companheiro, (afinal as atitudes da beneficiária do HC são reprováveis, posto que contra o ordenamento jurídico); seja para determinar o trancamento da ação penal. (MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. 2ª Turma Recursal, Habeas Corpus nº 6.313/2008, relator Desembargador Sebastião Barbosa Farias, julgado em 09/06/2009, DJ de 24/06/2009)

Destarte, vê-se, claramente, que a única possibilidade para a aplicação da Lei Maria da Penha em benefício dos homens é para a concessão de medidas protetivas de urgência, pois estas não possuem caráter penal, mas civil.

Souza (2007) comunga do referido entendimento, asseverando que a lei não abrange a violência da mulher contra o homem, tendo em vista que, em relação a tal modalidade, o tratamento normativo é o geral, fazendo incidir, assim, as normas de competência capituladas no Código de Processo Penal, o que, contudo, não impede o uso da analogia, para o fim de garantir, excepcionalmente, a integridade, em risco, do homem, através do deferimento exclusivo de medidas protetivas de urgência.

Assim, conclui-se que a Lei Maria da Penha apresenta, exemplificativamente, algumas das mais corriqueiras formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, demonstrando o compromisso no combate a essa específica violência, o que, também, constata-se quanto aos seus sujeitos, pois tal norma e suas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais caminham no sentido de proteger não só as esposas, companheiras e amantes, mas também todas as pessoas que mantêm ou mantiveram vínculo familiar com o agressor, como é o caso das mães, das tias e das netas, bem como os empregados domésticos, independentemente da orientação sexual.

Por outro lado, há a possibilidade de não só as mulheres se servirem do citado diploma legal, mas, inclusive, os homens, pois existe uma tendência para a aceitação da possibilidade de se deferir medidas protetivas de urgência em benefício destes últimos.

Dessa forma, vê-se claramente que a Lei nº 11.340/2006 se mostra avançada quanto ao comportamento social atual, ou seja, com a realidade

vigente, traduzindo-se numa norma legal altamente festejada pela sociedade civil, no enfrentamento da violência milenar sofrida pelas mulheres, herdada da própria estrutura patriarcalista no qual o Estado brasileiro está inserido.

REFERÊNCIAS

CARAM, Dalto. **Violência na sociedade contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1978.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.). **Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flavio; BIANCHINI, Alice. Aspectos criminais da Lei de violência contra a mulher. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: Lei com nome de mulher: considerações à Lei nº 11.340/2006: comentada artigo por artigo**. Campinas: Servanda, 2007.

KÜMPEL, Vitor Frederico; SOUZA, Luiz Antônio. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

LANGE, Odila Schwingel. **Violência doméstica: cicatrizes da alma: um histórico geral da luta das mulheres e o emprego da força contra a mulher**

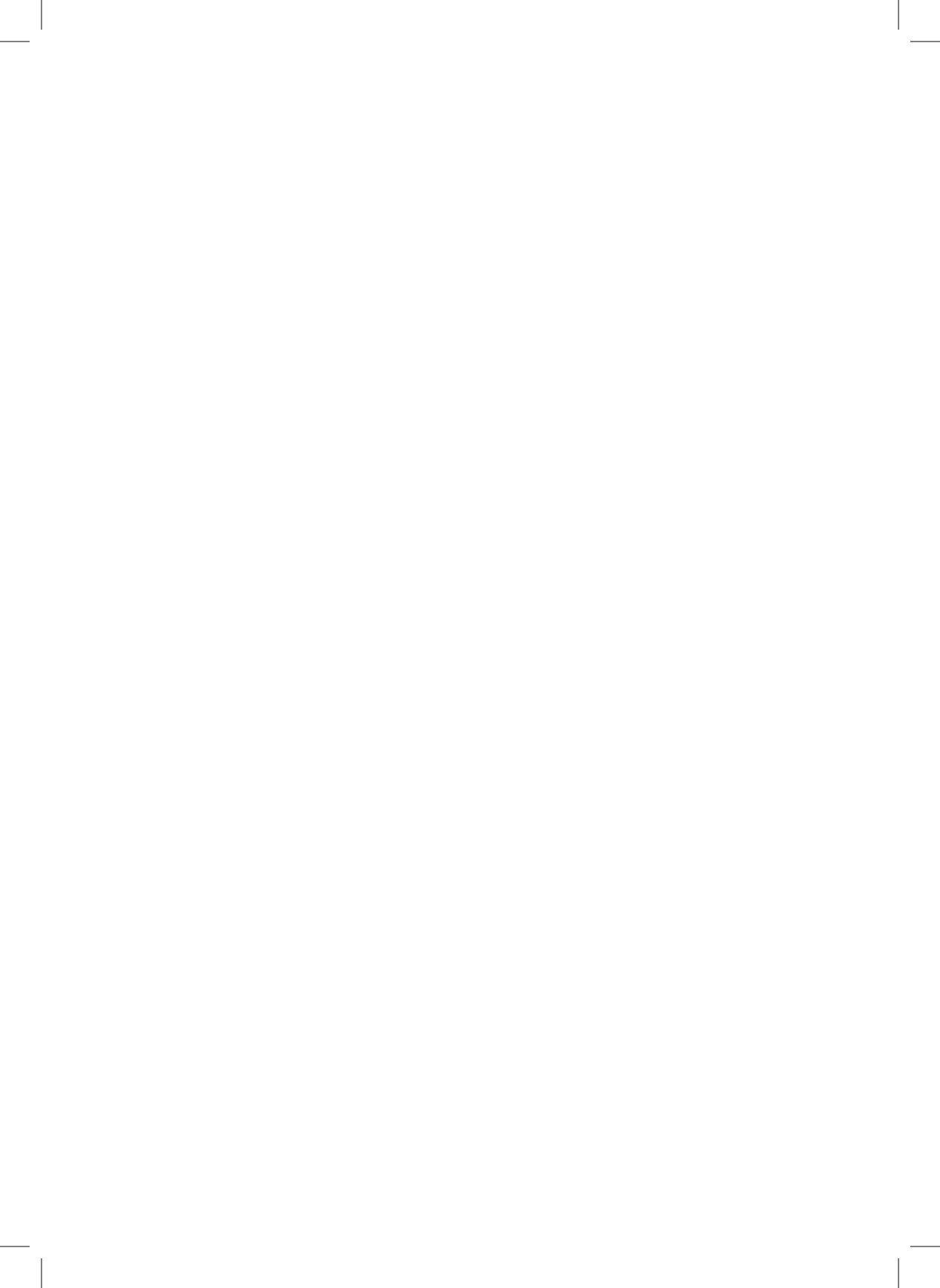
na vida conjugal na cidade de Dourados – 1986-2000. Dissertação (Mestrado em História) – UFMS, Dourados, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. Uma breve análise da Lei Maria da Penha. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2053, 13 fev. 2009.

PEREIRA, José. **Violência**: uma análise do “homo brutalis”. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007.



“LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA” UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI MARIA DA PENHA

*Amanda Natália Alexandre Lira**

Resumo: Existem diversas questões contundentes que submetem as pessoas e os constantes processos de violência que oprimem e fazem que os direitos humanos sejam priorizados em instituições democráticas. Este trabalho tem por escopo compreender as questões sobre o crime contra a honra partindo de uma perspectiva sócio-jurídica de gênero e de direitos humanos, envolvendo diversos aspectos relacionados à forma pela qual a legislação trata a discriminação e os posicionamentos do Sistema de Direitos Humanos no que se refere à agressão contra a mulher. É mantido o enfoque na análise da importância da Lei nº. 11.340/2006 como forma de resgatar a dignidade sob o aspecto penal na exposição das diversas formas de violência doméstica contra a mulher. Dessa forma, percebe-se que esta coibição está em plena sintonia com os ditames da Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Honra. Direitos Humanos. Lei Nº. 11.340/2006.

Abstract: There are several compelling issues that people undergo constant processes and violence that threaten and make that human rights are prioritized in democratic institutions. This scientific work has the purpose to understand the questions about the crime against the honor of starting a socio-legal gender and human rights, involving several aspects related to the way the legislation is discrimination and the positions of the Human Rights System with respect to the aggression against women. It kept the focus on the analysis of the importance of Law N. 11.340/2006 as a way to restore the dignity under the criminal aspect in the exhibition of various forms of domestic violence against women. Thus, it is clear that this deterrence is fully in line with the dictates of the Maria da Penha Law.

Keywords: Honor. Human Rights. Law Nº. 11.340/2006.

* Graduada em Direito, Especialista em Ciências Criminais pela Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão – ESMP em convênio com a Universidade Estadual do Maranhão – UEMA e Assessora de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Maranhão.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho está fundamentado numa análise da legitimidade da defesa da honra e da impunidade ilegítima de assassinos, com um enfoque na Lei nº. 11.340/2006, demonstrando as características que permeiam especificamente estes temas. Em outras palavras, será realizada uma exposição do panorama dos crimes contra a honra em torno das questões referentes à do tipo penal e será apreciada de acordo com presunções sociais definidas e mantidas por mulheres e homens ao longo do tempo.

É pertinente elucidar várias questões sobre a “honra” com uma breve abordagem do assunto com um contorno histórico-temporal na América Latina e no Brasil, e, em seguida demonstrar posicionamentos quanto à ilegítima impunidade de assassinos.

Todo este cenário será visto sob a perspectiva de agressões contra a mulher com a promulgação da Lei nº. 11.340/2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, e percebermos aspectos relevantes nos crimes contra a mulher, marcantes no Código Penal, especificamente.

E, por fim, trataremos uma conclusão focada nas informações demonstradas e na forma como ocorre a visão do assunto da criminalidade na perspectiva da Lei Maria da Penha coibindo a agressão contra a mulher.

2 CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTRA A HONRA

Mesmo não sendo fato material, a honra está diretamente ligada a um valor inerente à dignidade humana. Se o fato exposto é público, não configura difamação por não haver risco ao bem jurídico, porém, deve-se considerar que as pessoas marginalizadas pela própria sociedade também têm direito à honra e, concomitantemente o direito de defendê-la. (BARROS, 2001).

2.1 Calúnia

A calúnia é traduzida pelo ato de imputar falsamente, fato que é definido como crime, ou seja, há um fato falso que é definido como crime.

No Código Penal, no *caput*, é suficiente a tolerância do sujeito sobre a perfídia do fato; é imprescindível que o sujeito tenha convicção da aleivosia do fato. Existem também casos em que há a intenção da brin-

cadeira e dista a severidade dos crimes contra a honra, chama-se *animus jocandi*.

Na situação da calúnia, com a possibilidade de excetuar o que é verdadeiro, busca-se a demonstração do quanto é atípico o ato, pois dessa forma o fato infligido seria verdade. Existem três ressalvas: na ação penal privada (não houve condenação em sentença irrecorrível); no ato de imputar a quaisquer pessoas mencionadas no artigo 141, do Código Penal Brasileiro¹ (Presidente da República e Chefe de Governo Estrangeiro); no caso em que o crime imputado na ação pública o ofendido for absolvido em sentença irrecorrível; no caso da Lei de Imprensa (através de informações).

2.2 Difamação

A difamação busca a proteção da honra objetiva, ou seja, a respeitabilidade. Há a necessidade de que o fato seja específico e não precisa ser falso, e não deve estar ligado a crime.

O ato de difamar é conduzir a ofensa contra a reputação de alguém a terceiros.

No caso da pessoa jurídica, o sujeito pode ser passivo e não existe difamação contra pessoas mortas, prevista no Código Penal (na lei de imprensa, é punível – artigo 24²). Para os funcionários públicos em exercício de funções próprias, a imputação é falsa.

Igualmente a calúnia, o que prevalece é a seriedade e é consumado o conhecimento por terceiros. Há também o intento através de escrita ou qualquer forma que torne o crime plurissubsistente. Caso a forma seja através de informação, aplica-se a Lei de Imprensa.

2.3 Injúria

A injúria protege a honra subjetiva, imputando atributo negativo a alguém. Pode compreender fatos, porém expressando vagamente ou ge-

¹ Artigo 141, do CPB - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;

² Artigo 24, da Lei nº. 5.250/1967 - São puníveis, nos termos dos artigos 20 a 22, a calúnia, difamação e injúria contra a memória dos mortos.

nericamente. Pode ter ação comissiva ou omissiva, verbal ou gestual e utilizados meios humanos, animais ou mecânicos; é admitida a omissão, quando, exemplificando “a pessoa vitimada cumprimenta várias pessoas numa fila e o agente de atendimento, de forma dolosa não estende a mão”. Nos casos de lesões corporais, as penalidades serão infringidas em concurso formal. A injúria é distinguida quando se refere à cor, raça, sexo, etnia, religião ou condições de portadores de deficiência e idosos. (BARROS, 2001).

Disposições quanto às questões penais:

- Acréscimo na Pena do indivíduo:

Quando o agravo afeta o Presidente da Nação, ou Chefe de Governos Estrangeiros, ou mesmo é em contraposição de funcionários públicos no desempenho de suas funções, diante de muitas pessoas facilitando a propagação da informação (com exceção à Lei de Imprensa – meio específico de informação), ou mesmo quando o sujeito passivo for maior de 60 (sessenta) anos de idade (salvo na injúria), a penalidade fica aumentada em 1/3 (um terço).

- Exclusão: existem algumas circunstâncias previsíveis pelo artigo 142, do Código Penal Brasileiro³, de que não existe injúria ou difamação punível. Alguns compreendem que a natureza criminosa é afastada em razão da operação regular do direito, porém prevalecendo a falta do elemento subjetivo:

Quando a afronta for atribuída em juízo, na demanda da causa, ou pelo procurador ou pela parte interessada, a ofensa deve partir de ambos e, via de regra, relacionar-se com a causa em questão. Há prevalescência de que as afrontas direcionadas ao Magistrado não tem pertinência penal excetuada por este inciso. Em casos de advogado, pela razão de haver artigo expresso no estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), não se questiona mais sobre imunidade judiciária (Código Penal: Artigo 142), apenas prevalece a imunidade profissional contida no estatuto.

Parecer não favorável à crítica, excetuando evidente intencionalidade de difamação ou injúria: em outros casos, não deveria haver críticas ou progressão de pensamentos. Existe, ainda, o condicionante do excedente, que denota a clara intenção de injúria ou difamação. (COSTA, 2000).

³ Artigo 142, do CPB - Não constituem injúria ou difamação punível:

Definição não favorável de funcionários públicos no desempenho de suas funções: não existe crime em razão de que a desaprovação do comportamento de outrem não está liberada, apenas o dever do agente. Nas questões acima colocadas, “a” e “c” fazem descrição dos incisos I e II do artigo 142, do Código Penal Brasileiro⁴, respondendo pelo crime quem dá difusão à afronta. (BITENCOURT, 2007).

- Retratação: já houve comentários em causas que se extingue a punição, quando o imputado faz retratação do que proferiu. No Código Penal, há prevalência de que a abjuração pode ser feita até a sentença de primeiro grau. Pelo que é redatado no Código Penal: Artigo 143⁵, em crimes de calúnia e difamação também é possível (na injúria, em crimes de imprensa).

- Ação Penal: Via de regra, a ação penal é privada; em casos de tratar-se do Ministro da Justiça, Presidente da República ou Chefe de Governo Estrangeiro, será pública e sujeita a requerimento dos próprios. Em situações em que a injúria for factual será pública e não condicionada, caso a lesão for grave ou gravíssima e condicionada à representação, caso a lesão for leve. Tratando-se de funcionários públicos em desempenho de suas funções, será ação penal pública sujeita à representação.

3 ABORDAGEM SOBRE CRIMES CONTRA A HONRA NA AMÉRICA LATINA

Segundo Fioretti (2002, p. 86):

A legítima defesa fica reduzida a uma espécie de conta entre agredido e agressor; a cada pequena quantidade de excesso de uma parte corresponde um pouco de legítima defesa de outra parte.

⁴ Artigo 142, do CPB - Não constituem injúria ou difamação punível:

Inciso I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador; Inciso II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

⁵ Artigo 143, do CPB - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Na sua perspectiva, a legítima defesa foi classificada pelos publicistas esquecendo-se dos princípios fundamentais do Direito Penal e alegavam que não deveria haver redução do desempenho de um direito a aplicação de uma benevolente clemência da autoridade.

Segundo Carrara (2002, p. 213-214):

Quando defendo minha vida ou a de outrem do perigo de um mal injusto e grave, não evitável por outra forma, e que ameaça a pessoa humana, não careço de escusa: exerço um direito, verdadeiro e sagrado; e ainda, melhor dizendo, um verdadeiro e sagrado dever, porque é dever a conservação da própria vida.

No momento em que se fala em honra, deve-se lembrar de que há uma subdivisão em duas essências: a honra subjetiva e a honra objetiva. Na primeira, cada um tem sua própria percepção sobre si em relação a diversidade de características.

Segundo Damásio (2001, p. 201), “Honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa humana”.

Muitas são as discriminações que se referem a questão da violência em diversos países da América Latina e, para aplicação analítica a respeito de “crimes contra a honra”, demonstraremos uma abordagem restrita às características dos dispositivos legais que se referem à violência sexual.

Deste modo, vamos examinar como ocorrem nas dimensões de outros países, frisando os progressos, quebras ou declínios referentes à matéria em questão, com uma concisa explanação na legalidade da região. (DELMANTO, 2000).

Em razão da Lei nº. 360 (1997), na Colômbia houve considerável reforma no Código Penal em questões referentes a delitos sexuais, contemplando a partir daí penas aumentadas e maior assistência às vítimas. Em casos de cônjuges ou conviventes (coabitação), atuais ou não ou em caso de terem filhos a punição é majorada e foi subtraída a extinção do processo em situações de casamento entre o agressor e a vítima. (PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE, 2006).

O Código Penal na Venezuela conduz os crimes de estupro, sedução, prostituição ou corrupção de menores e de ultrajes ao pudor no Capítulo I; de rapto no Capítulo II e dos corruptores no Capítulo III, todos integrando o Título VIII dos “Delitos contra os bons costumes e a boa ordem das famílias”. No Capítulo IV, das disposições comuns aos capítulos precedentes, o artigo 393 23 Cf. informação de CLADEM - Uruguai, fornecida pela coordenadora nacional Moriana Hernández Valentini, Silvia Pimentel, Valéria Pandjarian & Juliana Belloque, dispõe que as penas estabelecidas pela lei serão reduzidas à sua quinta parte quando o crime seja contra prostituta (nos delitos dos artigos 375, 376, 377, 384 e 385).

Em El Salvador, foi realizada a promulgação do Decreto Legislativo em 1998 em que foram revogadas tipificações penais rudimentares como adultério. Na Guatemala, o violador também tem a possibilidade de se livrar da pena mediante matrimônio com a vítima, porém apenas se ela for maior de 12 (doze) anos de idade.

Segundo Marcus (2002, p. 62):

Castiga con pena de hasta dos años de prisión y laprivación de losderechosciviles, losculpables consumado de adulterio cometido enel domicilio conyugal o elescándalo. Será llevado por elcónyuge ofendido solicitado, y si este perdón al agresordejafiscalía a favor de losresponsables.

No momento da reforma do Código Penal, a Nicarágua, apesar de ter promovido a isenção da responsabilidade penal para casos de casamento do agressor com a vítima de delitos sexuais, se mantém a isenção na questão do estupro e, neste caso, o dano é indenizado quando a vítima ou se case ou perdoe seu agressor.

O Comitê de Direitos Humanos (controla e fiscaliza o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) deu referências para modificar em observância ao conhecimento fornecido através de uma organização não governamental peruana que se chamava CLADEM - Peru. Através da referida organização foram criadas normas sobre violência sexual pela então Congressista Beatriz Merino, que estabeleceu mudanças: primeiramente, sobre a norma que desobriga de pena o estuprador por decorrente casamento com a vítima e, posteriormente, consonante à ação pública,

que compõe a modificação eficaz requisitada pelas organizações de mulheres. A Lei nº. 27.115, de 1999, estabeleceu ação penal pública para os delitos contra a liberdade sexual.

Porto Rico, através da Lei nº. 6 (1979), realizou a emenda na Regra 154 dos Processos Criminais que proíbe em quaisquer procedimentos de delitos sexuais ou tentativas, a admissão de produção de provas a respeito da conduta anterior ou histórico sexual da vítima, a respeito de opiniões e respeitabilidade ou credibilidade para esclarecer sua aprovação, excetuando a existência de situações especiais indicando que a dita prova seja considerável. (ZAFFARONI, 1996).

O Código Penal (1998), na República Dominicana, adota genericamente muito rigor, de forma mais específica, relacionados aos delitos sexuais, mesmo no interior das relações de cunho familiar. Está garantido que não será considerada nenhuma situação que atenua a responsabilidade do agressor ou agressora. (Seção 4a, sobre “Atentados à integridade física ou psíquica das pessoas”. PIMENTEL; PANDJIARJIAN; BELLOQUE, 2006).

4 CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO: CRIMES CONTRA A HONRA E LEGÍTIMA DEFESA

No Brasil, o Código Penal abriga a representação da legítima defesa como excludente de ilicitude ou antijuridicidade. O artigo 25 (Código Penal) diz: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

O fator que pressupõe legítima defesa está diretamente ligado a que seu comportamento não seja excessivo e fora de proporção, exagerado ou uma instantânea intimidação ou violência imediata de próprio direito ou de outrem.

Houve uma manifestação entre os anos 70 e 80, em prol de mobilizar as mulheres em oposição ao tema de “legítima defesa da honra”, em crimes passionais, com o bordão: “Quem ama não mata”. Até os dias atuais não temos a dimensão da verdadeira consideração que se dá ao tema, impossibilitando uma avaliação mensurada, mas não se pode negar que tem sido observada e considerada pelo Poder Judiciário brasileiro. (GRECO, 2002).

“Toda pessoa tem direito à vida”, este é o enunciado contido no artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo V, consolida que os Estados-Parte procederão com os termos convenientes para a modificação dos parâmetros socioculturais do comportamento de homens e mulheres logrando a extinção de preconceitos e outras atitudes de qualquer outra natureza fundamentados na superioridade e inferioridade de qualquer dos sexos ou estereótipos entre ambos.

De igual modo, contrapõe o artigo I – Convenção de Belém do Pará (1984) que diz:

Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause a morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado. (Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979 e ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984).

Em relação aos crimes contra a honra, a doutrina e jurisprudência brasileiras, em certo momento, se dividiram sobre a possibilidade ou não da legítima defesa no que tange a esses crimes, divisão hoje que já se dissipou; a maior parte da doutrina compreende como possível a legítima defesa da honra, pois esta como um bem jurídico tutelado pela legislação penal, merece a proteção devida, não havendo porque limitar o instituto da legítima defesa nos crimes que tenham como objeto a honra ou dignidade. O que hoje se discute não é a existência ou não da legítima defesa, mas sim os meios e a proporcionalidade com que ela é empregada, principalmente em relação aos casos que envolvem a violência e homicídio contra mulheres.

A deturpação do verdadeiro sentido jurídico de legítima defesa é tão grande, que chega a ser validado como legítimo, o homicídio de uma mulher que traiu o seu marido, pois a honra deste seria merecedora de defesa, independentemente da proporcionalidade, um pensamento sem sentido, que equipara a honra à vida.

Apesar da persistência desse pensamento degenerado sobre legítima defesa da honra, aos poucos ele vem perdendo espaço no seio social

e principalmente nos tribunais e júris, há uma duradoura e constante mudança de mentalidade, que já é observada em inúmeros julgamentos. Há diversos exemplos de julgados, que desconstroem a ideia de uma legítima defesa da honra absoluta e ilimitada. Nesse sentido, segue o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que julga em prol da ilegitimidade deste instituto quando usado desproporcionalmente, apenas como base para uma conduta criminosa e violenta.

TRIBUNAL DO JÚRI. DECISAO. MANIFESTA CONTRARIEDADE A PROVA DOS AUTOS. CPP, ART. 593, III, AL. D. HOMICIDIO. LEGITIMA DEFESA DA HONRA. INOCORRÊNCIA. - Conselho de Sentença que, por maioria, acata tese de legítima defesa da honra própria, diante de acusado que, após ser ofendido verbalmente - segundo a sua versão dos fatos -, estrangula a esposa, matando-a. Contrariedade manifesta a evidência dos autos que se revela na absoluta desnecessidade dos meios empregados e na enorme imoderação no emprego desses meios. Recurso acusatório provido. (TJ-PR - ACR: 273321 PR Apelação Crime - 0027332-1, Relator: Martins Ricci Data de Julgamento: 23/12/1993, 2ª Câmara Criminal).

5 ILEGITIMIDADE NA IMPUNIDADE DE ASSASSINOS

Atualmente, no curso da nossa história ainda temos casos de assassinos que “lavam a honra com sangue” e são perdoados em júris populares. Ao longo do tempo o que ocorria era que o homem ao cometer assassinato de uma mulher (companheira, esposa, amante, ex-parceira, ex-namorada ou mesmo ex-amante) sempre tinha uma forma facilitada de se eximir da culpa e subsequente condenação. Eles mantinham a alegação do famoso “lavar a honra com sangue” (justificativa que apenas existe no Brasil), isto garantia que fosse simplesmente eximido de sua responsabilidade. (PRADO, 2008).

Segundo um estudo realizado pelas advogadas Silvia Pimentel, Juliana Belloque e Vanessa Pandjarian (2006), denominado Legítima

Defesa da Honra: Ilegítima Impunidade de Assassinos - Um Estudo Crítico da Jurisprudência Brasileira, em 42 (quarenta e dois) casos foram constatados criminosos que usaram esse mesmo argumento, mas para perplexidade de todos, 23 (vinte e três) foram absolvidos ainda na primeira instância. Em virtude de grande parte dos processos haverem tido recurso, não se teve conhecimento se foram mudados pelas cortes superiores. Afirmo uma das autoras que os crimes pesquisados ocorreram entre os anos de 1999 a 2003, não era nada tão antigo que justificasse a absolvição de acusados, ou seja, mesmo com a evolução social e principalmente a evolução dos dispositivos legais que visam à proteção da mulher, ainda há a presença de ideais que permitem a proliferação do machismo e violência de gênero, fatores que contribuem diretamente para a existência e uso da “legítima defesa da honra”.

A realização de crimes em nome da chamada “legítima defesa da honra” se assenta em um discurso que busca legitimar um direito “natural” do homem de proteger sua honra e dignidade, essas que teriam ligação direta com a própria ideia de masculinidade daquele, o homem é o principal, o foco, aquele a quem todos, principalmente a mulher, devem respeito. Aqui se vê indubitavelmente que a existência da “legítima defesa da honra” está conectada a uma sociedade que é permeada – ainda hoje – por um sentimento patriarcal, o qual molda a mulher como um ser subserviente, que deve obediência, e torna o homem uma espécie de “senhor” imbuído de autoridade somente por ter nascido homem. Essa conjuntura social patriarcal permite ao homem agir violentamente contra a mulher, independentemente desta praticar uma conduta reprovável ou não. A utilização da “legítima defesa da honra” é a expressão de um sentimento machista, que apesar da evolução social, ainda persiste. Esta “legítima defesa” foi e por muitas vezes ainda é o fundamento para o cometimento de crimes contra a vida, um fundamento que busca ilegitimamente absolver assassinos, e que graças às mudanças legais no Direito Penal e aos costumes sociais não encontra mais tanto espaço; há a falta de argumentos legais que deem um mínimo de embasamento a essas ações, falta inclusive o aceitamento social, que antes fora tanto difundido.

Compreender a “legítima defesa da honra” é compreender o seu desenvolvimento histórico no Direito Brasileiro. O código penal brasileiro em 1890 instituiu uma excludente da ilicitude que consistia “perturbação dos sentidos e inteligência”, que servia de embasamento legal da

“legítima defesa da honra”. Era admitido, por juízes e advogados, que o marido ou homem que tivesse sua honra atacada agir em defesa desta, da maneira que lhe fosse conveniente. Este pensamento concebia um homicídio cometido por um marido ciumento, como um crime cometido por legítima defesa e em nome da honra e que no qual o assassino era visto de certa forma como a vítima, pois a conduta feminina perturbara a sua inteligência e seus sentidos, o levando a ter que legitimamente defender a sua honra. O pensamento que embasa o homicídio de uma mulher em nome de uma aclamada “honra” pode ser resumido em: “o homem não assassinou, apenas defendeu sua honra após uma agressão injusta da mulher desonesta, que feriu não somente sua dignidade, mas também os seus sentidos e inteligência”. Esse entendimento sobre a defesa da honra por parte do homem encontrou ao longo do tempo eco nos tribunais e nos júris, que constantemente absolviam assassinos por estes agirem em nome de sua dignidade masculina.

Após entender os fundamentos utilizados como base da “legítima defesa da honra”, não resta outro caminho a não ser declarar a total ilegitimidade deste instituto, que tem como único objetivo deixar impunes crimes que por sua essência devem ser combatidos ferozmente, principalmente no que tange aos homicídios praticados contra as mulheres. Luiza Nagib Eluf, em sua obra, defende a total inconstitucionalidade desse instituto, pois há o ataque direto a diversos preceitos legais e principalmente constitucionais, sobretudo no que tange o direito à vida, à dignidade humana, à segurança, à igualdade e o princípio da legalidade e proporcionalidade. A legítima defesa, como é disciplinada legalmente, exige a proporcionalidade da reação, nunca se pode aceitar o homicídio como defesa contra um crime contra a honra. Interpretar qualquer dispositivo legal visando a aplicação da “legítima defesa da honra” desproporcionalmente é afrontar constituição e o Direito Penal, é inadmissível que exista um direito que permita ao homem tratar a mulher como bem entender, decidindo se ela vive ou morre; não há a existência desse poder; a mulher é livre e capaz, um crime contra a honra não é capaz de fundamentar qualquer ação violenta e desproporcional. A igualdade perante a lei é para todos, não há distinção alguma entre homem e mulher, assim não resta dúvida da total inaplicabilidade deste instituto.

No entanto, apesar da clara desconformidade desta “legítima defesa” com o ordenamento jurídico vigente, foi e ainda é necessário a cria-

ção de mecanismos que coíbam o uso ilegal da “legítima defesa da honra”. A lei Maria da Penha é o grande exemplo de combate direto à violência contra a mulher; ela surge como o fruto de uma obrigação que a sociedade passa a se impor, uma obrigação de garantir direitos fundamentais às mulheres, direito que ao longo da história foram amplamente negados; ela é um importante passo para modificar uma realidade que ainda persiste em diferenciar homens e mulheres.

6 POSICIONAMENTO DO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS QUANTO A AGRESSÃO À MULHER

6.1 Violências de gênero

O termo “gênero” disposto no “*caput*” do artigo 5º, da Lei nº. 11.340/2006⁶, refere-se ao masculino/feminino, e sua ligação de poder daí decorrente. De acordo com Campos e Correa (2007, p. 212):

O gênero é concebido como uma forma de dar significado às relações de dominação e de poder que terminam por ensejar as desigualdades de gênero, que concederam ao longo do tempo aos homens funções nobres e valorizadas pela sociedade, restando às mulheres papéis menos apreciados social e culturalmente.

Deste modo, compreende-se que a agressão se caracteriza pela ação violenta fundamentada num relacionamento de domínio da vítima. Assim, percebe-se sempre um sujeito que domina e outro que se submete ao poder exercido.

Muitas pesquisas demonstram que a maioria das agressões detectadas é de homens contra mulheres e geram consequências de amplitude desmedida para as que sofrem a violência, razão pela qual nos deteremos nas questões de gênero diretamente na agressão contra a mulher, sem dis-

⁶ Artigo 5º, da Lei 11.340/2006 - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

tinção de cor, classe, raça, idade, religião ou quaisquer outras condições. (PRADO, 2008).

A violência de gênero está fundamentada no entendimento de domínio patriarcal em que o homem exerce domínio e controla a mulher através e vários tipos de violência. Esta forma de violência exercida contra a mulher advém do domínio patriarcal promovido por relacionamentos em desigualdade de sexo.

6.2 Lei Nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006: Lei Maria da Penha

A Lei Maria da Penha propõe que qualquer situação de violência doméstica e intrafamiliar é crime, a apuração ocorre por meio de inquérito policial e, em seguida, é despachado ao Ministério Público. Partindo da legislação foram criados Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, ou, em lugares onde ainda não existem, as Varas Criminais.

Esta Lei executa a tipificação de circunstâncias de violência doméstica, proibindo a execução de penas pecuniárias aos transgressores, ampliando a pena de um para três anos de reclusão, determinando que as mulheres (em situação de violência) sejam conduzidas a programas e serviços de proteção e assistência. (FERNANDES, 1994).

A Lei Maria da Penha dá efetivação à Convenção de Belém do Pará, Convenção para Prevenir, Punir, e Erradicar a Violência contra a Mulher, da Organização dos Estados Americanos (OEA), ratificada pelo Brasil em 1994, e à Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Cedaw), da Organização das Nações Unidas (ONU). Garante, também, para seu fiel cumprimento, o trabalho do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) na divulgação e difusão da legislação na sociedade e promover a simples acessibilidade da justiça à mulher, vítima de violência. Ainda há muito a conquistar com ferramentas que promovam o extermínio deste tipo de agressão contra a mulher.

Segundo os mecanismos da Lei: especifica e delinea a violência doméstica e familiar contra a mulher; diferencia os tipos de violência entre física, psicológica, sexual, patrimonial e moral; especifica que a violência não depende de orientação sexual e a mulher só pode desistir da denúncia diante do juiz; são vedadas as penas pecuniárias (pagamento de multas ou cestas básicas).

A Lei Maria da Penha surge dentro de um contexto social opressor em relação à mulher, buscando desconstruir e combater os ideais que fomentam institutos machistas, como a “legítima defesa da honra”, esta que por sua vez é utilizada para a legitimação de homicídios e da violência sem sentido perpetradas por homens dentro do seio familiar. A presença de uma cultura patriarcal é tão intensa que foi necessário a criação da Lei Maria da Penha, uma lei específica, que dá um tratamento diferenciado à mulher e à violência de gênero. É extremamente necessário ressaltar o papel da lei na proteção à mulher e principalmente no combate à mentalidade que fundamenta a violência de gênero e a legítima defesa da honra desproporcional; é papel da lei garantir que o instituto da legítima defesa não seja utilizado de forma equivocada, apenas como um dos meios de maquiar a violência de gênero, fruto de uma cultura patriarcal ainda vigente.

A Lei Maria da Penha surge como o contraponto ao pensamento, que apesar de combatido fortemente pelos movimentos feministas, ainda era amplamente aceito dentro da sociedade. A lei vem exatamente para positivar aquilo que em regra não necessitaria de positivação ou mesmo de uma proteção legal específica, pois em tese não há qualquer distinção entre as pessoas no ordenamento jurídico brasileiro, fundamento este já consagrado no artigo 5º, da Constituição Federal⁷. No entanto, a realidade se mostra totalmente diversa da ideal, ensejando a criação de meios que obstaculizem o tratamento discriminatório em relação à mulher e a violência consequente.

O uso ilegítimo da “legítima defesa da honra” perde força ao longo do tempo; a Lei Maria da Penha vem como um novo instrumento no confronto a esse instituto; ela possibilita uma segurança muito maior à mulher e cria meios pelos quais é possível evitar desfechos trágicos, nos quais um marido ou um homem qualquer mata por defender o que ele chama de honra. A lei é louvável por criar as armas pelas quais se pode lutar contra a violência de gênero e principalmente por atingir e contrapor diretamente uma mentalidade que ainda insiste em se perpetuar.

⁷ Artigo 5º, da CF - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

6.3 Lei Maria da Penha sob o aspecto penal

As relevantes mudanças no âmbito penal promovidas pela Lei Maria da Penha seguem na seguinte ordem:

a) Configura violência doméstica e familiar contra mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial à mulher, desde que o ambiente seja a unidade doméstica, familiar ou de qualquer relação pessoal afetiva (artigo 5º, incisos I, II e III⁸).

b) As relações homoafetivas femininas estão protegidas pela lei (artigo 5º, parágrafo único⁹).

O ordenamento na família não se baseia mais na distinção sexual. A definição familiar necessitou ser reinventada. Nessa mudança, a família passa a ser referenciada pelo aparecimento de uma ligação afetiva; as conexões de parentesco atualmente vêm sendo conceituadas pela identificação social e afetiva, não pela consanguinidade. As evidências biológicas deixaram de ter seu real sentido.

Destarte, as relações de cunho familiar passam a ser caracterizadas em ligações homoafetivas, em virtude de haver se ampliado o conceito familiar, tornando-se espaço afetivo para a efetivação de projeção pessoal para ser feliz. Nestes relacionamentos internamente, um desempenha o papel feminino e o outro o masculino. Possivelmente do mesmo modo que haja um que exerça a posição paterna e materna respectivamente.

c) As formas de violência doméstica e familiar contra a mulher estão definidas nos incisos do artigo 7º¹⁰ (violências física, psicológica, sexual, patrimonial e moral).

⁸ Artigo 5º, da Lei 11.340/2006 - Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

Inciso I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

Inciso II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

Inciso III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

⁹ Parágrafo único - As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

¹⁰ Artigo 7º, da Lei 11.340/2006 - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

A designação homo parental foi gerada na França pela Associação dos Pais e Futuros Pais *Gays* e *Lésbicos* em 1996. Neste cenário, a clássica segmentação das atividades familiares, domésticas e afetivas está ameaçada: as mulheres reproduzindo, no âmbito doméstico e, apenas às vezes auxiliando em trabalhos remunerados e os homens produzindo publicamente e dirigindo a casa.

7 CONCLUSÃO

Considerando o conteúdo pesquisado, conclui-se que todo recurso jurídico pode ser custodiado pela legitimidade da defesa, rejeitando a injustiça da agressão, e é insignificante a diferenciação entre os bens pessoais e impessoais.

O mais importante, com certeza, é refletir, nesse caso em concreto, o controle e a proporção dos meios de proteção desses bens, especialmente em razão do abrigo do direito próprio ou dos outros agregar a chance de defesa legítima de qualquer bem jurídico.

Via de regra, quando se fala de Direito Penal Internacional, constituindo somente os bens jurídicos mais relevantes e primordiais são espe-

Inciso I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

Inciso II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima 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, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Inciso 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;

Inciso 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;

Inciso V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

cificados e têm proteção do Direito Penal, mas a dependência da situação concreta tem a possibilidade de se imaginar uma agressão física que consiste em natureza leve.

Como humanos que somos estamos determinados a repensar nosso futuro e temos ciência de que apenas nós mesmos conseguiremos progredir nessa direção. É o momento de repensar sobre a crise do masculino e feminino. Duvida-se de que a essência natural defina de modo concludente a distinção entre ambos. O homem, a mulher, o masculino e feminino são concepções da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil?_Ato=2004-2006/2006/Lei/Lei_11.340>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. Criminal. Apelação Criminal. Homicídio. ACR: 273321 PR. **Apelação Crime número 0027332-1**, Relator: Martins Ricci, Data de Julgamento: 23.12.1993, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4000271/apelacao-crime-acr-273321>>. Acesso em: 2 set. 2014.

CAMPOS, Amini Haddad; CORREA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal**: parte geral. Campinas: LZN Editora, 2002. v. 1.

CÓDIGO PENAL. **Vade Mecum**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

DELMANTO, Celso et ali. **Código penal comentado**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

ELUF, Luiza Nagib. **A paixão no banco dos réus – casos passionais célebres**: de Pontes Visgueiro a Pimenta Neves. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... Posso contar**. Fortaleza: Editora Armazém da Cultura, 1994.

FIORETTI, Julio. **Legítima defesa**: estudo de criminologia. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

PIMENTEL, Silvia; PANDJIARJIAN, Valéria; BELLOQUE, Juliana. **“Legítima Defesa da Honra” Ilegítima impunidade de assassinos**: um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina. 2006. Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/sites/www.pagu.unicamp.br/files/colenc.04.a04.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal**: parte general. Bueno Aires: Ediar, 1996.



A DINÂMICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO MICROSSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA

*Magdiel Pacheco Santos **

Resumo: O presente artigo busca problematizar as compreensões existentes quanto à prisão preventiva na conjuntura normativa da Lei Maria da Penha. Para tanto, a análise busca destacar a necessária abordagem da violência de gênero e da política extrapenal predominante no referido diploma. Dessa maneira, mesmo que num enfoque perfunctório, é estatuído como paradigma interpretativo o conceito de violência de gênero. Em seguinte, é travada uma rápida problematização das correntes que se altercam nos debates interpretativos sobre o microsistema da Lei nº 11.340: de um lado a corrente punitivista e, de outro, a perspectiva predominantemente extrapenal. Por fim, considerando esse panorama levantado, passa-se, então, a perquirir as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à prisão preventiva no microsistema da Lei nº 11.340/2006; redundando, finalmente, numa escolha teórico-pragmática devidamente fundamentada e compreendida como legítima.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência de Gênero. Punitivismo. Prisão preventiva.

Abstract: This article seeks to problematize existing understandings regarding the preventive detention in the normative context of Maria da Penha Law. To this result, it seeks to highlight the necessary approach to gender violence and the transcending of a political criminal in this law. Thus, even a perfunctory approach, as it lays interpretive paradigm the concept of gender violence. Later, there was a questioning of rapid currents about line thinking in interpretative discussions on the microsystem of Law nº 11.340: on one side the punitivista stream the other, predominantly non criminal. Finally, considering this situation

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão, com a monografia “Querela nullitatis insanabilis: a construção de sua cultura jurídica no ordenamento brasileiro”. Concludente da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, com o trabalho “Medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/2006: a necessidade de uma convergência teórico-pragmática”. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, lotado na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís/MA.

raised, then one starts to assert doctrinal and jurisprudential disagreement as to preventive custody in the microsystem of Law nº 11.340/2006; redounding finally a reasoned theoretical and pragmatic choice and understood as legitimate.

Keywords: Maria da Penha Law. Gender Violence. Punitivism. Preventive detention.

1 INTRODUÇÃO

Este breve estudo é fruto de uma inquietação maior que sobrepujou qualquer questionamento com viés puramente acadêmico. Na verdade, este artigo, dentro de um contexto investigativo mais amplo, que retumbou num trabalho monográfico igualmente abrangente, exsurgiu dentre tantas outras indagações da rotina forense. Tendo como laboratório científico a Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís (VEVDFCM), exsurgiu a oportunidade de observação, por vários ângulos, das multiformes manifestações da violência familiar e doméstica contra a mulher. Assim, concomitantemente ao empirismo no atendimento às ofendidas, também foi possível entrever as limitações jurídicas existentes para o tratamento desse fenômeno tão nocivo. Destarte, tornou-se patente, nesse cotidiano forense, o quanto a carência de uma convergência doutrinário-jurisprudencial, sobre o microsistema da Lei Maria da Penha, era contraproducente à matéria especificamente tratada, maiormente diante da urgência e da dinamicidade peculiares.

Dentre as frequentes dúvidas sobre esse microsistema – tão marcante quanto à abrangência da Lei Maria da Penha (LMP) e a natureza das Medidas Protetivas de Urgência, que foram objeto de outros estudos –, a prisão preventiva no microsistema da Lei Maria da Penha exigiu um estudo mais aprofundado e particularizado. Tal esforço acadêmico se justificou pela necessidade de serem harmonizadas a perspectiva defendida da predominância de uma política extrapenal na Lei nº 11.340/2006 e a aplicação legítima da medida ergastular preventiva.

Para tanto, fez-se necessária uma breve inflexão na dinâmica do microsistema da Lei Maria da Penha. Nesse instante, tornou-se imperioso uma abordagem crítica que demonstrasse a perspectiva extrapenal – concretizada especialmente nas medidas protetivas de urgência – como

fator potencializador da efetividade desse diploma. Diante disso, restou indispensável a alocação do conceito de violência de gênero como paradigma conceitual de qualquer interpretação sobre a Lei nº 11.340/2006.

Por sua vez, chegando ao objeto do presente artigo, passou-se, através de um levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre a temática, a entrever os maiores pontos de divergências quanto à prisão preventiva no contexto do microsistema da Lei Maria da Penha. Nessa empreitada, observou-se clara dissidência quanto à decretação de ofício da prisão preventiva no inquérito policial e os requisitos necessários no caso de prisão preventiva por descumprimento das medidas protetivas de urgência.

Então, é de se observar, de pronto, que o desiderato dessa presente análise é a assunção, nas questões pontuais a serem tratadas quanto à prisão preventiva e a Lei Maria da Penha, de paradigmas jurídicos que melhor correspondam aos anseios urgentes das ofendidas e que prestigiem a dogmática jurídica necessária. Assim, tanto com a percepção empírica positiva ou negativa da realidade forense vivenciada, quanto com a contribuição crítica dos posicionamentos existentes, serão estabelecidas preferências jurídicas que conotam melhor eficácia e comprometimento com o combate à violência de gênero contra a mulher – evidentemente, sem a pretensão de alcançar um patamar absoluto ou definitivo nas alternativas defendidas.

2 BREVE REFLEXÃO SOBRE O MICROSSISTEMA DA LEI MARIA DA PENHA

A violência contra a mulher é um fato cotidiano inegável¹. Entretanto, não obstante a gravidade de qualquer violência ao ser humano, tais

¹ Para dados estatísticos detalhados, tanto no contexto brasileiro quanto mundial, quanto ao fenômeno da violência doméstica contra a mulher, vide: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Violência contra a Mulher: feminicídios no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=19873>. Acesso em: 1 maio 2014; PORTAL COMPROMISSO E ATITUDE. Alguns números sobre a violência contra a mulher no Brasil. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/alguns-numeros-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres-no-brasil/>. Acesso em: 1 maio 2014; WALSEIFISZ, Julio Jacoboo. Mapa da Violência 2012: atualização - homicídios de mulheres no Brasil. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/Mapa_Violencia2012_atual_mulheres.pdf>. Acesso em: 1 maio 2014; World Health Organization. Global and regional estimates of violence against women: prevalence and health effects of intimate

parcelas de condutas agressivas contra as mulheres possuem peculiaridades e dinâmicas próprias. Assim, esse tipo de violência possui motivação, destino e conteúdo que a faz distinguir das indiscriminadas agressões presentes na criminalidade cotidiana.

Conforme o ensino de Gregori (2011), a terminologia violência contra a mulher teve a sua construção na década de 80, quando da atuação de militantes feministas organizadas no atendimento de mulheres que sofriam violência. Nesta época, conforme tal estudiosa, ainda não se utilizava a palavra gênero como categoria nesse contexto, sendo tal acepção construída posteriormente. Porém, no final da referida década, os estudos feministas no Brasil sofreram uma grande mudança com a influência dos debates norte-americanos e franceses sobre a construção social do gênero. Em muitos estudos e reflexões, passou-se a substituir² o termo ‘mulher’ pela categoria ‘gênero’, difundindo, assim, o debate sobre a construção social das diferenças entre o homem e a mulher, enfatizando a diferença entre o social e o biológico (IZUMINO; SANTOS, 2008). Desse modo, apropriando-se de categoria proveniente da gramática das Ciências Sociais (NANJARÍ, 2009), os debates sobre a violência contra a mulher assumiram uma forma mais robusta e aprofundada com a adoção de melhor terminologia que representasse a realidade desafiadora da mulher.

De pronto, nota-se que gênero³ é uma categoria que não está baseada em elementos biológicos ou naturais. Não está adstrita às peculiari-

partner violence and non-partner sexual violence. Disponível em: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/violence/9789241564625/en/>. Acesso em: 2 maio 2014; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO & DATA POPULAR. Caderno Campanha Compromisso e atitude: percepção da sociedade sobre violência e assassinatos de mulheres. Brasil: 2013.

² “Resulta comum a palavra mulher ser substituída pela palavra gênero nas práticas de quem trabalha com movimentos feministas. A ênfase é que gênero não é simplesmente um sinônimo de ‘luta da mulher por seus direitos.’ Antes de tudo, gênero é um conceito, uma categoria que permite entender melhor as representações sociais de masculino e feminino na prática social”. (NANJARÍ, 2009, p. 143).

³ Para maior aprofundamento sobre os debates sobre gênero e suas nuances teóricas, vide: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, São Paulo, v. 4, p. 575, ago. 2011; DEBERT, Guita Grina, GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 23, n. 66, fev, 2008, p. 165; GREGORI, Maria Filomena. Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 4, ago. 2011, p. 393; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo,

dades fisionômicas ou anatômicas que distinguem o macho e a fêmea, isto é, o homem e a mulher. Pelo contrário, numa compreensão elementar sobre o conceito, é preciso fixar o fundamento de que gênero é um conceito cultural, convencional, não natural; isto é, conforme as palavras lapidadas de Saffiotti (1997), “o gênero é uma construção social que define o ser mulher e o ser homem”.

Nessa conjuntura, é possível, então, compreender a frequente menção, nos estudos feministas, da vigente realidade caracterizada por “relações interpessoais marcadas pela dissimetria de poder baseada em gênero” (GREGORI, 2011, p. 393). Pois, diante da dinâmica androcêntrica vigente, ocorreu a naturalização de que, no eixo do gênero, os limites nas relações humanas são fixados pelos homens, e não pelas mulheres. Fato que, invariavelmente, constrói o cenário ideal para a incidência do nefasto fenômeno da violência de gênero:

Esse tipo de violência é possível graças ao estabelecimento de um território físico e de um território simbólico, nos quais o homem detém praticamente domínio total. Seu território geográfico é constituído pelo espaço do domicílio. Todas as pessoas que vivem sob o mesmo teto, vinculadas ou não por laços de parentesco ao chefe do local, devem-lhe obediência. Desta sorte, não se trata, para o homem, de ter subjugados apenas mulher, filhos e outros parentes que eventualmente morem no mesmo domicílio.

v. 70, p. 321, jan. 2008; IZUMINO, Wânia Pasinato, SANTOS, Cecília MacDowell. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. Disponível em: <<http://www.nevusp.org/downloads/down083.pdf>>; MASTROBUONO, Carla Mirrella. Em busca dos braços da vênus: lacunas do saber e questão feminina. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 25, p. 246, jan. 1999; NANJARÍ, Cecilia Castillo. Gênero como categoria de análise para desvendar a violência contra as mulheres: um desafio para a educação teológica. Revista Caminhando, v. 14, n. 2, p. 141-151, jul./dez. 2009; SAFFIOTTI, Heleieth I. B. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005. (Coleção Brasil Urgente); SAFFIOTTI, Heleieth I. B. Primórdios do conceito de gênero. Cadernos pagu. v. 12, p. 157-163, 1999; SAFFIOTTI, Heleieth I. B. Violência doméstica ou a lógica do galinheiro. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br/pagu/files/colenc.01.a06.pdf>. Acesso em: 1 maio 2014. Idem. Violência de gênero: o lugar da práxis na construção da subjetividade. Disponível em: http://www.pucsp.br/neils/downloads/v2_artigo_saffiotti.pdf. Acesso em: 1 fev. 2014.

Agregados de forma geral devem obediência àquele senhor. (SAFFIOTTI, 1997).

Desta maneira, a violência de gênero se mostra como a faceta mais acintosa e visível do patriarcado. Imbuído de valores socialmente construídos que sustentam a existência de uma hierarquia entre o homem e a mulher – sobrevivendo esta numa liberdade limitada pelo poder daquele, o agente de violência de gênero leva tal entendimento patológico da realidade à extrema ofensa da integridade física, emocional e psicológica da mulher em situação de violência.

Logo, diante dessa conjuntura, é preciso assumir que qualquer aplicação da LMP, como instrumento normativo, exige a compreensão mínima da dinâmica social que demandou tal produção legislativa. Nesse contexto, sob o risco de se incorrer no comum erro de tratar o microsistema da LMP apenas pelo viés dogmático, a abordagem de qualquer instituto no contexto do microsistema em comento não pode prescindir da referência ao conceito de gênero.

É possível notar que, em geral, as divergências em torno da compreensão da Lei nº 11.340/2006 estão desacompanhadas da devida reflexão sobre a conjuntura epistemológica que a questão exige. Logo, sem a perscrutação da *occasio legis*, perdem-se insubstituíveis aspectos necessários para uma interpretação teleológica e sistemática do diploma legal. Por conseguinte, sem a compreensão legítima do microsistema da LMP não há como se desenvolver análise – e consequente aplicação – de qualquer instituto inserto nessa esfera normativa. Assim, facilmente é possível notar abstracionismos jurídicos, tanto em questionamentos materiais quanto processuais, que, se fossem sondados numa perspectiva mais conscientemente contextualizada, seriam potencialmente reduzidos a um leque de dúvidas mais reduzido e mais pertinente.

Dentro desse rol de equívocos na tratativa do microsistema, destaca-se a quantidade de doutrinadores que se debruçam para defender a existência de um caráter punitivista na Lei nº 11.340/2006 – tendo inclusive quem se aventure a sustentar a existência confusa de um ‘direito penal de gênero’ (SILVA JUNIOR, 2007). Com a adoção de uma normatividade penal, são criadas mirabolantes (des)construções – numa miscigenação de institutos processuais penais e processuais civis, nos quais doutrina e jurisprudência não entram num consenso pragmático – a fim de harmo-

nizar uma sistematização penal, que, na realidade, vai de encontro à própria literalidade do microsistema. De qualquer forma, enquanto se perpetuam os entendimentos dissidentes e as divergências jurisprudenciais, acabam perdidas, nesse limbo jurídico, a efetividade e a celeridade que a temática doméstica exige.

Nessa esfera de percepção da Lei nº 11.340/2006 com uma roupagem penal, é possível agrupar em dois polos as abordagens defendidas, havendo representantes tanto dos movimentos feministas como dos operadores do Direito.

No primeiro grupo, embalados pela mídia⁴ sensacionalista – ou por vezes, como genuínos protagonistas dessa preleção penal–, há aqueles que se deixam ser levados pelo discurso jurídico em que a resposta penal seria o instrumento eficaz para lidar com um fenômeno complexo e profundo como a violência de gênero. Assim, notam um suposto conteúdo penal na LMP não com uma perspectiva crítica, mas como uma realidade normativa razoável e efetiva. Para aqueles que advogam essa corrente, as Medidas Protetivas de Urgência firmemente assumiriam a natureza jurídica de instrumentos processuais penais, havendo uma pequena variação, entre os autores, quanto à existência concomitante ou não de medidas protetivas civis. É possível encontrar afirmações desse jaez nos escritos, por exemplo, de Silva Junior (2007) – que inclusive, como já referido, assevera a existência do ‘direito penal de gênero’ na sistemática da Lei nº 11.340/2006 –, Lima (2011), Sentone (2011) – para o qual “a *ratio legis* atinge sua máxima efetividade quando as medidas protetivas são acessórias à prática de uma infração penal” – e Laércio Lima⁵.

⁴ Faz-se necessária evidenciar a crítica, a esse triste espetáculo sensacionalista, feita por Nilo Batista, com seu brilhantismo rotineiro, assevera: “A mídia passou a ambicionar e exercer funções antes estritamente reservadas às agências executivas do sistema penal, e detém hoje – nem aquele pior cego deixaria de percebê-lo – o extraordinário poder de selecionar para a criminalização secundária. Ou seja, a seletividade dos sistemas penais – essa característica estrutural que participa tão enfaticamente da deslegitimação da pena, pelo caráter aleatório de sua incidência – está hoje nas mãos da mídia: uma manchete provoca mais iniciativas de agências do sistema penal, provoca mais exercício de poder punitivo do que uma investigação cabalmente concluída, porém longe dos refletores e das câmeras”. (BATISTA, 2009, p. XIV).

⁵ “[...] para a efetivação das medidas protetivas criminais, é necessário o processo penal cautelares. Para tanto, imperativo a existência de inquérito policial, que só pode existir pela iniciativa da pessoa (mulher) ofendida no âmbito da família e do lar”. (LIMA, 2012).

Por outro lado, num segundo agrupamento de doutrinadores jurídicos e teóricos do feminismo – como Maria Lúcia Karam, Carla Mirella Mastrobuono, o eminente doutrinador Nilo Baptista, Gláucia Falsarella Foley⁶, Amini Haddad Campos⁷ e Marília Montenegro Pessoa de Mello –, há o entendimento que vislumbra, sim, uma faceta penal na Lei Maria da Penha, mas que se posiciona de forma crítica inclusive; afirmando tal realidade punitivista um retrocesso normativo que nodoa o microssistema estudado. Desse modo, enquanto o primeiro grupo declara uma escolha penal do legislador sem qualquer resistência ou crítica, este segundo compreende a sistemática da LMP com uma clara conotação punitivista, tecendo diuturnas e incisivas críticas a esse suposto cenário normativo. Uma das figuras que se destacam nesse grupo é a magistrada aposentada Maria Lúcia Karam, como pode se observar nas seguintes palavras:

[...] o enfrentamento da violência de gênero, a superação dos resquícios patriarcais, o fim desta ou de qualquer outra forma de discriminação não se darão através da sempre enganosa, dolorosa e danosa intervenção do sistema penal, como equivocadamente crêem mulheres e homens que aplaudem **o maior rigor penal introduzido em legislações como a nova Lei brasileira nº 11.340/2006** [...]. (KARAM, 2006, p. 6-7, grifo nosso).

Apesar da correta postura contra a maximização do Direito Penal e do consequente punitivismo⁸, essa segunda corrente doutrinária peca

⁶ Para esta autora, inclusive se utilizando do ensino de Nilo Baptista em seu artigo, afirma categoricamente que “não há dúvida de que o enfoque que prevaleceu na Lei Maria da Penha revela uma ‘opção retributivista-aflitiva’ [...]”. (FOLEY, 2010, p. 451).

⁷ “Inexistentes os elementos identificadores da ocorrência de crime (com a respectiva representação), não há competência do Juízo. [...] A decisão poderá ser, ainda, de deferimento ou indeferimento, bem como de extinção se não o caso da viabilidade de trâmite (inexistência da violência-crime da competência do juízo)” – e, ainda, em trecho posterior – “[...] inexistência da representação – falta de pressuposto hábil à aplicabilidade do procedimento atinente à Lei 11.340/06 [...]”. (CAMPOS, 2009, p. 383, grifo nosso).

⁸ “A racionalização da discussão sobre quaisquer formas de criminalidade, sobre quaisquer condutas socialmente negativas e fatos indesejáveis deve sempre implicar na busca de instrumentos mais eficazes e menos nocivos do que o fácil e simplista apelo à intervenção do sistema penal, que, além de ineficaz para solução de conflitos, proteção de bens jurídicos e

por lançar toda a sistemática da Lei nº 11.340/2006 sob tal inafastável nódoa penal. Nesse açodamento interpretativo, acaba sendo desprezado todo o avanço legislativo que a Lei Maria da Penha representou quanto à coibição da violência de gênero. São desconsiderados elementos normativos que indicam a opção legislativa pela política criminal extrapenal, como as medidas integradas de prevenção (artigo 8º), a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar (artigo 9º), a louvável organização da equipe multidisciplinar (artigos 29 a 32) e, logicamente, o instituto das Medidas Protetivas de Urgência (artigos 18 a 24). Dessa maneira, há um espaço intelectual absolutamente inconfundível entre a análise e crítica dos pontuais aspectos penais presentes na LMP (artigos 16, 17, 20, 41 a 45) e a afirmativa de que todo o microssistema estaria submisso aos princípios e normas que regem o Direito Penal.

Não obstante as supramencionadas vozes contrárias, a presente reflexão – compactuando com a perspectiva assumida por Amom Albernaz Pires, Júlia Maria Seixas Bechara, Fredie Didier, Maria Amélia de Almeida Teles, Guita Grita Debert e Maria Filomena Gregori, Maria Benice Dias e Alexandre Freitas Câmara – compreende o microssistema da Lei Maria da Penha como um cenário normativo predominantemente extrapenal. Nessa perspectiva, afirma-se categoricamente que o diploma legal em estudo, diante da consciência das peculiaridades inatas à dinâmica da violência de gênero e da ineficácia do regime punitivista, não pode sofrer supressão do seu caráter civil.

Como já fora afirmado, a interpretação da LMP numa perspectiva penal conota, no mínimo, uma falta de compreensão do fenômeno que a lei surgiu para diretamente tratar, que é a violência de gênero. Entender que a cultura patriarcal vigente – e a própria dinâmica da violência intrafamiliar contra a mulher – pode ser eficazmente combatida pelos instrumentos penais implica numa posição que vai de encontro ao interesse de muitas mulheres em situação de violência doméstica – que, por vezes, buscam somente a pacificação do lar e a reeducação do agressor, mas não a punição deste –, bem como revela uma forçosa desconsideração da própria sistemática da Lei nº 11.340/2006:

evitação de condutas danosas, produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de violência, sob a forma de deterioração moral, privação da liberdade e, ainda que indiretamente, morte” (KARAM, 2011, p. 416).

Celmer e Azevedo (2007), Bezerra (2007), Karam (2006) e Mello (2010a) são exemplos paradigmáticos de estudiosos veementemente refratários ao suposto rigor punitivista trazido pela Lei Maria da Penha. Semelhante leitura da Lei 11.340/06, no entanto, mostra-se parcialmente errônea, pois, como veremos adiante, parte de falsas premissas de uma alegada lógica repressora e de imposição de pena privativa de liberdade que não se coadunam com a realidade da persecução penal nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Juizados da Mulher), pois o sistema penal e processual penal que regula a Lei Maria da Penha não implicou exacerbção desmesurada das medidas punitivas, apesar do alarde punitivista reinante na mídia desde a vigência da Lei. (PIRES, 2011, p. 130).

Conforme Debert e Gregori (2008, p.176), o grande equívoco surge quando se confunde violência e crime; ou ainda, ampliando mais esse conceito, quando se tenta reduzir unicamente o fenômeno da violência de gênero a uma categoria penal. Como já fora afirmado, é legítimo e proveitoso o debate acadêmico que busque o aprofundamento das perguntas e respostas relacionadas à utilização do *ius puniendi* na dinâmica da violência de gênero. Trazer a lume questionamentos interessantes⁹ – como, por exemplo, o interesse das mulheres em vítimas de violência e a adoção da ação pública incondicionada para o crime de lesão corporal, ou quanto ao afastamento dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95, etc. – faz parte da rotina reflexiva exigida a qualquer operador do Direito ou teórico que atue no contexto das relações de gênero. Entretanto, esse ímpeto crítico não pode se desdobrar numa acrítica generalização penalista do conteúdo normativo da Lei nº 11.340/2006.

⁹ Um exemplo claro do salutar exercício da crítica ao sistema punitivista pode se observar nessas específicas palavras de Nilo Batista: “[...] toda essa riqueza e complexidade [da questão da violência doméstica] desaparece perante o conveniente simplismo de sua tradução legal: trata-se apenas de caracterizar legalmente a violência doméstica e mandar para a cadeia o agressor, ou submetê-lo de direitos que, caso descumpridas [...] Prender, prender, para que tudo continue igual”. (BATISTA, 2009, p. XIX–XX).

Sobre essa clara distinção entre violência e crime, prática delitiva e proteção da vítima, Dias (2012, p. 45-46, grifo nosso) é irretocável quando afirma:

As formas de violência elencadas deixam evidente a ausência de conteúdo exclusivamente criminal no agir do agressor. A simples leitura das hipóteses previstas na Lei mostra que nem todas as ações identificadas como violência doméstica correspondem a delitos. Configuram um ato ilícito, pouco importa se ilícito penal ou civil. Como ilícito civil é capaz, por isso mesmo, de gerar efeito na órbita civil dos envolvidos. [...] Este é o verdadeiro alcance da Lei Maria da Penha. **Conceitua a violência doméstica divorciada da prática delitiva e não inibe a proteção da vítima** e nem impede a atuação da autoridade policial e nem a concessão das medidas protetivas pelo juiz.

Ademais, a compreensão do diploma legal em apreço, numa perspectiva extrapenal, representa o protagonismo das mulheres em situação de violência. Com um viés predominantemente extrapenal para o sistema da LMP, abre-se um leque de possibilidades que permite um maior poder de escolha às mulheres. Tal verdade se mostra manifesta quando comumente ocorre o interesse exclusivo da mulher em situação de violência apenas na cessação dos episódios de agressão, mas não na punição do agente. Como bem afirma Pires (2011, p.145), a rotina forense das Varas (ou Juizados) de Combate à Violência contra a Mulher bem revela que na minoria dos casos há efetivamente início da ação – inclusive aspecto que revela ser “falacioso afirmar que tal Lei é ‘extremamente punitivista’”. Logo, unívoca exegese penal da Lei nº 11.340/2006 significaria desmerecimento para com o interesse das mulheres, desvirtuando aspecto teleológico essencial da referida norma, que é o empoderamento feminino.

Também nessa perspectiva, Teles (2011, p. 385) assim se manifesta:

A Lei 11.340/2006 trouxe à luz um novo olhar para as vítimas, propiciando atendimento de acordo com as necessidades concretas e pode

obter resultados mais satisfatórios construídos a partir das expectativas de quem busca justiça e tem o direito de viver sem violência. Se o sistema de justiça não olhar devidamente as vítimas da violência doméstica e familiar, o Estado mantém-se cúmplice e ratifica as práticas violentas dos agressores.

Dessa maneira, a judicialização da violência doméstica deve estar pautada não sob a batuta de abstracionismos jurídicos e conceituais; mas, sim, com a preocupação contínua de empaticamente compreender os interesses próprios das vítimas das agressões domésticas – sem olvidar o necessário discernimento para distinguir quando essas escolhas forem maléficas às próprias mulheres. A fim de afastar qualquer posição coadjuvante às mulheres, a aplicação dos instrumentos legais deve sempre valorizar a contribuição ativa feminina combatendo, até mesmo, a manifestação do patriarcalismo na própria estrutura estatal:

Daí ser indispensável uma mudança de foco na leitura que se faz sobre as decisões e a intervenção do Judiciário, passando da interpretação puramente legal para uma interpretação daquilo que é legítimo para as mulheres que se socorrem da intervenção judicial [...]. Para que isto ocorra é indispensável que as decisões judiciais obtidas nos casos de violência contra a mulher sejam avaliadas em termos de sua qualidade o que significa que elas devem ser compreendidas a partir do ponto de vista das mulheres e da legitimidade que estas decisões terão na medida em que se apresentarem como respostas rápidas e eficazes para a solução do problema vivenciado. (IZUMINO, 2008, p. 344).

3 PRISÃO PREVENTIVA E A LEI MARIA DA PENHA

Como pode ser observado, o microsistema da Lei Maria da Penha exige uma compreensão peculiar. Assim, o presente artigo não se po-

deria limitar a uma perspectiva estritamente positiva¹⁰. Doutra forma, a análise iria incorrer invariavelmente no erro – já alertado – de interpretar a norma num viés que não se subsuma eficazmente aos desafios cotidianos da violência de gênero. Por outro lado, sem qualquer pretensão de ter exaurido a abordagem sociológica, não haveria como tratar de qualquer instituto da Lei nº 11.340/2006, com seriedade científica, sem ter sido pontuado, ainda que perfunctoriamente, o aspecto conceitual da violência de gênero – que impregna o conteúdo axiológico desse microsistema. Destarte, com o arcabouço hermenêutico já destacado, converge-se, neste momento, ao objeto principal de estudo dessa reflexão acadêmica.

Em lição preliminar sobre a temática da prisão, Mossin (2010, p. 393) assim preleciona sobre o tema:

A palavra prisão, do latim *prehensio*, de *prehendere* (prender, segurar, agarrar), tanto significa o ato de prender como o ato de agarrar uma coisa ou pessoa. Na terminologia jurídica, o vocábulo é tomado para exprimir o ato pelo qual se priva a pessoa de sua liberdade de locomoção, de ir e vir, recolhendo-a a um lugar seguro e fechado. É o tolhimento da liberdade física da pessoa nas condições estabelecidas pela Constituição Federal e pelas leis ordinárias.

Entretanto, como vem sendo tratado, o Estado priorizou a utilização de mecanismos extrapenais¹¹ que levassem a prevenção, a inter-

¹⁰ Em sua obra *Evolução dos direitos da mulher*, Sílvia Pimentel procurou, de forma aprofundada, revelar a insuficiência da abordagem exclusivamente jurídico-positiva para tratamento da questão da violência de gênero. Tendo como plano de fundo uma brilhante aplicação da teoria da tridimensionalidade do Direito de Miguel Reale, Sílvia Pimentel bem soube destacar aspectos essenciais dos fatos, dos valores e das normas que permeiam o universo feminino. Trata-se, ao fim e ao cabo, de obra de leitura obrigatória para quem busca melhor compreensão dos direitos da mulher: “A simples consideração dos aspectos jurídicos-positivos da evolução dos direitos da mulher revela insuficiência deste tipo de abordagem. Pouco se apreenderia dessa evolução se o estudo se limitasse ao exame de textos legais. A eficácia dos preceitos, a efetiva participação da mulher na vida social e a crescente tomada de consciência da igual dignidade do homem e da mulher constituem elementos indispensáveis para a compreensão objetiva do nosso tema”. (PIMENTEL, 1978, p. 168).

¹¹ Sobre a escolha legislativa pela política criminal extrapenal no contexto da LMP, Amom Albernaz esclarece: “Não se trata, portanto, de mera busca de um culpado e de sua consequente punição (de mera verificação da autoria, da materialidade e da tipicidade da conduta), mas

rupção e a coibição de novos episódios de violência de gênero¹². Contudo, por mais minimalista que possa ser compreendido o Direito Penal, o legislador previu a possibilidade do uso de mecanismo ergastular para coibir a violência contra a mulher. Assim, explicitou a possibilidade de prisão preventiva no artigo 20, bem como instituiu, através do artigo 42, mais uma hipótese de prisão ao artigo 313 do Código de Processo Penal (alterada posteriormente pela Lei nº 12.403/2011). Quanto a isso, como bem advogam Lavigne e Perlingeiro (2011, p. 301), as previsões legais de prisão preventiva na Lei 11.340 não sustentam, de per se, a imputação de que o diploma legal seria punitivista. Tal assertiva se justifica, sobretudo, diante da existência das medidas protetivas de urgência, que representam reais alternativas ao encarceramento. Dessa maneira, na conjuntura legal da LMP, “a prisão preventiva nos casos desta lei possui natureza ainda mais excepcional do que em outras hipóteses legais”.

Então, como se pode depreender, em análise dos dois artigos, as hipóteses de prisão preventiva apresentadas não se confundem; estando uma atrelada à prévia determinação de medidas protetivas – e, logicamente, com o posterior descumprimento – e outra, não.

Primeiramente, sobre a hipótese do artigo 20, da LMP, a divergência doutrinária se centraliza na possibilidade, ou não, da decretação de ofício durante o inquérito policial – porém, é de se ressaltar que a majoritária doutrina especializada sobre a LMP se omite sobre a questão. Para alguns, a Lei Maria da Penha, por ser legislação especial, não teria sido

também, e prioritariamente, de se resguardar a mulher-vítima da violação ininterrupta de seus direitos (enumerados exemplificativamente nos arts. 2º e 3º da Lei) e de empoderá-la no sentido de ter cada vez mais consciência desses direitos e de agir de conformidade com eles, para libertá-la de uma situação de passividade, fazendo-os valer perante as diversas instâncias do sistema de justiça especializado de violência contra a mulher e sendo capaz de romper ou de não contrair relacionamentos violentos, marcados por forte diferenciação de gênero, ou de pelo menos ter o poder de promover mudanças neles. Cuida-se, noutras palavras, de opção de política criminal extrapenal, isto é, não focada primariamente no endurecimento da intervenção penal, na criminalização de condutas e na imposição de penas mais gravosas, mas, antes de mais nada, focada no desenvolvimento da capacidade de enfrentamento da situação de violência por parte da própria mulher-vítima e na reeducação e reabilitação do ofensor”. (PIRES, 2011, p. 125).

¹² Leda Maria, numa síntese sobre o que fora tratado sobre violência de gênero, resume o processo lúgubre entre a dissimetria de poder e a violência: “Como sempre acontece quando alguns subjagam e outros são submetidos, o desequilíbrio gera conflito; o conflito, exacerbado, deságua em violência”. (HERMANN, 2008, p. 14).

abarcada pela superveniência da Lei 12.043/2011. Nesse grupo¹³, estão situados os ensinamentos de Maria Berenice Dias, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti e Vicente Greco Filho.

Em entendimento contrário, inclusive adotado pelo presente trabalho, manifestam-se¹⁴ Eugênio Pacelli, Rogério Sanches, Nestor Távora, Fernando Capez, Antônio Alberto Machado, Fausto Rodrigues de Lima, Renato Brasileiro de Lima, Paulo Rangel, Edilson Mougnot Bonfim e Damásio de Jesus. Para esses doutrinadores, a reforma processual, ao estabelecer nova redação ao artigo 282, §2º, do CPP, instituiu sistemática na qual a decretação *ex officio* de medida cautelar penal – nesse conceito inclusa, logicamente, a prisão preventiva – somente é cabível na fase judicial. Logo, durante a fase investigatória, a legitimidade para decretação da cautelar perpassa, necessariamente, pela iniciativa da autoridade policial (por meio de representação) ou do *Parquet* (através de requerimento).

Ademais, quanto a possível alegação do princípio da especialidade da Lei Maria da Penha, como bem ressalta Cunha (2012, p. 118), a norma do artigo 20 da Lei 11.340/2006 não estabelece nenhum conteúdo especial em relação à disposição geral do Código de Processo Penal – inclusive, para Hermann (2008, p. 177), tratar-se-ia apenas de manifestação da função simbólica repressiva do Direito Penal. Logo, por se tratar de mera transcrição, quase idêntica, do artigo 311 do CPP, nada mais lógico que a mudança legislativa incida naturalmente sobre o microsistema da Lei Maria da Penha.

Sem mais delongas, as seguintes palavras de Jesus (2012, p. 303-304, grifo nosso) bem resume a compreensão adotada quanto à legitimidade para decretação da prisão preventiva:

A legitimidade para postular a decretação das medidas depende da fase da persecução penal. **Durante a etapa inquisitiva ou pré-processual, as cautelares pessoais ou subjetivas somente poderão ser impostas quando precedidas de representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério**

¹³ DIAS, 2012, p. 61-80; CAVALCANTI, 2012, p. 240; GRECO FILHO, 2012, p. 289.

¹⁴ OLIVEIRA, 2012, p. 562; CUNHA, 2012, p. 118; TÁVORA, 2011, p. 557; CAPEZ, 2012, p. 333; MACHADO, 2012, p. 609; MARCÃO, 2012, p. 101; LIMA, 2014; LIMA, 2011, p. 1161-1165; RANGEL, 2011, p. 741; BONFIM, 2012, p. 452-453; JESUS, 2012, p. 303-304.

Público (art. 282, § 2º). O legislador não permite, destarte, sejam elas decretadas, neste momento, pelo juiz de ofício (salvo na hipótese do art. 310, *caput*). Com isso, visa o legislador zelar pela imparcialidade do órgão judicial, obstando-o de agir sem a necessária provocação. Entendemos, portanto, que, se o magistrado, na fase investigatória, notar que é caso de decretação de quaisquer das medidas cautelares, não poderá fazê-lo *ex officio*, devendo, em vez disso, remeter os autos ao Ministério Público para que as requeira, ficando a fixação da providência condicionada à provocação do Parquet. Há, somente, uma exceção, prevista no art. 310 deste Código. **As medidas cautelares pessoais poderão ser decretadas pelo juiz, independentemente de pedido, somente na fase judicial, isto é, a partir do instante em que a denúncia ou queixa-crime forem propostas.** O magistrado, enquanto presidente do feito e responsável pela entrega da prestação jurisdicional, deve velar para que o provimento a ser prolatado mostre-se eficaz, daí advindo seu poder de cautela.

Superada essa dúvida, faz-se oportuno o presente momento para a análise do artigo 313, III, do CPP, relacionado à prisão preventiva no caso de descumprimento de medidas protetivas. Contudo, antes de adentrar nesse mérito específico, é imperioso afastar um capcioso argumento que se antepõe à natureza civil das medidas protetivas: a configuração de uma nova hipótese de prisão civil.

Como já fora mencionado, diversos são os argumentos que sustentam a adoção de uma política extrapenal pela Lei 11.340/2006. Assim, resumidamente, a perspectiva civil no tratamento das Medidas Protetivas de Urgência pode ser sustentada principalmente pelos seguintes fundamentos: a) a maior eficácia no combate à violência de gênero, já que o punitivismo, por si só, não é forma eficaz de enfrentamento do peculiar fenômeno da violência de gênero; b) uma análise topológica e sistemática da lei revela indícios da predominância extrapenal em seu conteúdo normativo; e c) exegese exclusivamente penal da LMP significaria desmerecimento maior para com o protagonismo das mulheres, uma vez que comumente ocorre o exclusivo interesse da ofendida na cessação dos episódios de agressão, mas não na punição do agente.

Como síntese dessas lições tratadas, as seguintes palavras de Pires (2011, p. 144) resumem sabiamente a pertinência de se adotar uma natureza extrapenal para as MPU's:

[...] as medidas protetivas da Lei Maria da Penha, como mecanismos de caráter extrapenal para evitar a reiteração da violência contra a mulher (cumprindo as funções do direito penal de prevenção especial), precedem e coexistem com a intervenção penal de modo sinérgico, porém devem operar de forma independente, não podendo se condicionar o uso e a efetividade das medidas protetivas ao uso e eficácia do processo penal, o qual deve apenas instrumentalizar o direito penal.

Como desdobramento lógico do que já fora afirmado ainda que superficialmente, é esperado que surgisse logo a mente, como ocorreu com parte da doutrina, que o entendimento da natureza civil das MPU's implicaria em gritante inconstitucionalidade. Assim, seguindo um raciocínio cartesiano, ao afastar a cautelaridade penal das medidas protetivas, estaria sendo infligida a norma constitucional do artigo 5º, LXVII, já que não estaria abarcada pela única¹⁵ exceção vigente à vedação da prisão civil – que é a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. Porém, como se verá, tal desdobramento lógico é teratológico¹⁶.

Em trecho representativo, Cunha (2012, p. 121) problematiza a inconstitucionalidade do caráter civil, nesse aspecto, das medidas protetivas:

¹⁵ Apesar de o referido texto constitucional mencionar também a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, como se sabe, tal aplicação não é mais válida no ordenamento brasileiro. Não obstante a persistência da previsão da norma constitucional, que é de eficácia limitada, a hipótese da prisão civil do depositário infiel deixou de ter aplicabilidade diante da força normativa do Pacto de São José da Costa Rica. Por fim, com a Súmula Vinculante nº 25 qualquer dúvida sobre o tema caiu por terra: “é ilícita a prisão civil por depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Para aprofundamento sobre a questão, inserida na temática atual do bloco de constitucionalidade, vide RE 466.343, RE 349.703, o HC 87.585 e o Informativo nº 531 do Supremo Tribunal Federal, que trata do cancelamento da Súmula 619.

¹⁶ Nesse contexto, faz necessário ressaltar que Fredie Didier Júnior e Rafael Oliveira ousam afirmar, apesar da maturidade doutrinária que costumeiramente manifestam, como possibilidade constitucional e legítima, a criação de mais uma hipótese de prisão civil: “**Apesar das**

Com efeito, se a medida protetiva é de caráter civil, a decretação da prisão preventiva, em um primeiro momento, violará o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP, que tratam, por óbvio, da prática de crimes. E, pior, afrontará princípio esculpido no art. 5º, LXVII, que autoriza a prisão civil apenas para as hipóteses de dívida de alimentos ou depositário infiel [sic]. Tais hipóteses, como é cediço, compõem um rol taxativo que, por importarem em restrição da liberdade, não admitem ampliação. De forma que, ao se imaginar possível a decretação da prisão preventiva para assegurar o cumprimento de uma medida de urgência de índole civil, se estaria criando uma nova hipótese de prisão civil, por iniciativa que é vedada ao legislador infraconstitucional.

À primeira vista, a afirmação de que a possibilidade por descumprimento de medidas protetivas se revela inconstitucional pode até parecer tentadora. Inclusive, mais francamente, de todos os questionamentos levantados contra a natureza extrapenal das MPU's, talvez esse seja o único que mereça, de fato, a atenção argumentativa. Entretanto, de pronto, é de se afirmar que, tais como as outras aparentes dificuldades doutrinárias, também não merece prosperar.

Novamente, é preciso resolver o equívoco interpretativo que sói ocorrer entre violência de gênero e crime. Aquela, uma realidade ontológica, fática, sensível – e que fora positivada pela Lei 11.340/2006. Este, o

opiniões em sentido contrário, entendemos que é possível a imposição da prisão civil como medida coercitiva. Isso por dois motivos: (i) ao que parece, “dívida” aí deve ser entendida como o dever jurídico, cuja prestação tem conteúdo patrimonial; (ii) independentemente do significado que se dê ao termo “dívida”, a premissa fundamental da conclusão alcançada tem por base a ideia de que nenhum direito fundamental é absoluto; dessa forma, o direito à liberdade do indivíduo, que é o que se pretende proteger no art. 5º, LXVII, da CF/1988, também não pode sê-lo. Dessa forma, cabe ao magistrado, com base no princípio da proporcionalidade, decidir se a prisão civil se mostra, no caso concreto, a medida mais adequada, necessária e proporcional. **Com efeito, nada impede que o juiz determine ao agressor que se afaste do lar e que não se aproxime da ofendida nem mantenha contato, sob pena de prisão civil. Há valores muito relevantes em conflito: de um lado, o direito à liberdade e, do outro, o direito à integridade física ou, quiçá, o direito à vida. Não se pode, pois, num plano abstrato, querer proteger sempre e indistintamente o direito à liberdade.**” (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2008, p. 18, grifo nosso).

crime, um conceito não somente deontológico, mas estritamente legalista, que deve obediência aos ditames da anterioridade penal, *nullum crimen nulla poena sine lege*, da taxatividade, vedação da analogia *in malam partem*, intervenção mínima, da ofensividade, etc. – peculiaridades que têm sido sintetizadas naquilo que a doutrina nomeia de legalidade penal¹⁷. Noutra perspectiva, a situação da mulher em violência é delimitada sem rigor exaustivo nas tipologias – nos respectivos conceitos legais (LMP, art. 7º, I, II, III, IV e V) – física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, bem como nos âmbitos de incidência dessa ofensa (LMP, art. 5º, I, II e III), isto é, no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. Assim, é de perceber que a realidade normativa do tipo criminal, com a clássica presença do preceito primário e secundário, se distancia das normas usadas na Lei nº 11.340/2006 para justificar o caráter penal das MPU's.

Ocorre que, ao fim e ao cabo, o fundamento argumentativo que estabelece a natureza extrapenal das MPU's é o mesmo que legitima a aplicação do ergastulamento preventivo no caso de descumprimento desse instituto processual. O que diferencia uma legítima hipótese de prisão preventiva e a existência de uma prisão civil inconstitucional é o liame jurídico que delimita a persecução penal e a necessária ocorrência típica, antijurídica e culpável de um crime. Nessa mesma conclusão, Cunha (2012, p. 121-122, grifo nosso) afirma contundentemente:

Claro, prisão preventiva pressupõe, sempre, a prática de um crime. Para as hipóteses não penais de desobediência, deve o juiz lançar mão da tutela específica, expressamente prevista na lei em comento (art. 22, §4º), e que se presta, exatamente, para conferir efetividade à decisão que tenha por objeto obrigação de fazer. [...] Daí concluirmos ser cabível a

¹⁷ Para maior aprofundamento da temática, a obra *Direito Penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais* trata com seriedade e cientificidade devida o assunto: "...o princípio da legalidade penal só pode ser compreendido, em toda sua dimensão, quando em cotejo com os princípios da dignidade humana, da humanidade, da intervenção mínima, da ofensividade e da culpabilidade. A realização de cada um deles, por meio das pautas legais produzidas pelo legislador e interpretadas pelo juiz, é fundamental "para que todos possam se conformar em um Direito Penal com os fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito". (cf. LIMA, 2012, p. 95).

prisão preventiva quando presentes os requisitos expostos nos arts. 312 e 313 do CPP, **dentre eles (principalmente), quando a conduta do agente configurar, além de descumprimento de uma medida protetiva, a prática também de um crime. Afora isso, parece inconstitucional a medida.**

Então, aproximando-se da conclusão que refuta a inconstitucionalidade ventilada, ao observamos as seguintes palavras de Lopes Junior (2012, p. 860), é de se observar que o absurdo alertado é, paradoxalmente, o que sustenta a prisão preventiva por descumprimento das medidas protetivas, claro, desde que haja *persecutio criminis* em andamento e a ocorrência de um crime:

A definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, prevista no art. 7º da Lei, é de uma vagueza apavorante, com disposições genéricas, alternativas e ambíguas. Uma leitura apressada levaria à (errada) conclusão de que “qualquer conduta que configure ameaça, calúnia, difamação ou injúria” (art. 7º, V, da Lei n. 11.340) autorizaria a prisão preventiva pela incidência do art. 313, III, quando o juiz determinasse, por exemplo, a proibição de contato com a ofendida (art. 22, III, “b”, da Lei n. 11.340). Um absurdo.

Assim, desconstruída a suposta interpretação inconstitucional do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, encaminha-se, então, para a análise dessa hipótese de prisão preventiva.

Como é sabido, o artigo 42 da Lei 11.340/2006 acrescentou mais uma modalidade de autorização para a preventiva, a qual firmava, conforme a redação legal, “se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. Posteriormente, a já mencionada Lei nº 12.403/2011 manteve a aludida hipótese de prisão preventiva, porém, alterando a sua redação, a ampliou para a proteção da criança, do adolescente e do idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, de modo a garantir a execução das medidas protetivas previstas em lei (CPP, art. 313, III). Segundo Lopes Junior (2012, p. 859), essa norma cria “uma espécie de

vulnerabilidade doméstica, em que a prisão preventiva é usada para dar eficácia à medida protetiva aplicada”.

Especificamente, quanto à hipótese do artigo 313, III, do CPP, as dúvidas perpassam ainda pelo preenchimento dos requisitos do artigo 312 e pela aplicação cumulativa à hipótese do artigo 313, I, do CPP.

Quanto à primeira questão, a doutrina é uníssona quanto à necessidade de estarem preenchidos os requisitos do artigo 312 no caso de preventiva por descumprimento de MPU. Assim, não basta, para o ergastulamento cautelar, o descumprimento de medida protetiva e o cometimento de crime perpetrado contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar; é imperiosa a presença dos pressupostos e fundamentos justificadores da prisão preventiva, elencados no artigo 312 do CPP.

Em lição que não merece qualquer reproche, Távora (2011, p. 556, grifo nosso) assim contextualiza a prisão preventiva no contexto da violência familiar e doméstica:

Entendemos que durante a persecução penal por crime de violência doméstica (essencialmente dolosos), para que tenha cabimento a preventiva, os pressupostos desta medida devem estar presentes, leia-se, indícios de autoria e prova da materialidade (fumus commissi delicti), além de uma das hipóteses de decretação, quais sejam, garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução ou ainda para evitar fuga. Estas são as hipóteses legais autorizadoras. O descumprimento de uma medida protetiva pelo infrator durante a persecução, pode revelar que ele, se solto permanecer, continuará a delinquir, ofendendo a ordem pública, o que caracterizaria o atendimento ao requisito legal autorizador de decretação da segregação cautelar. O desatendimento de uma medida protetiva, por via transversa, pode desaguar na necessidade da prisão, se enquadrável em uma das hipóteses de decretação do art. 312 do CPP. Se não for assim, o dispositivo é insustentável.

Ademais, soma-se a esse esclarecimento doutrinário ainda o aspecto jurisprudencial explícito de o Superior Tribunal de Justiça, mesmo

antes da Lei nº 12.403/2011, já exigir a aplicação conjunta do artigo 313, inciso IV com os requisitos do artigo 312 do CPP:

Muito embora o art. 313, inc. IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006, admita a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência, **a adoção dessa providência é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos no art. 312 daquele diploma.** É imprescindível que se demonstre, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da imposição da custódia para garantia da ordem e pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, **sem o que não se mostra razoável a privação da liberdade, ainda que haja descumprimento de medida protetiva de urgência, notadamente em se tratando de delitos punidos com pena de detenção** (STJ, HC 100.512/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo Gailotti, Dje 23/06/2008). (Grifo nosso).

Superada essa possível dúvida, a seu turno, passa-se a outro ponto de divergência doutrinária: quanto às infrações que comportam a prisão preventiva em caso de descumprimento de medidas protetivas – enquanto mais uma vez se observa a omissão na maior parte das obras especializadas sobre a Lei Maria da Penha –, a doutrina processual penal se dissente em dois polos que se antagonizam quanto à exigência da pena privativa de liberdade em abstrato acima de quatro anos.

Em posição minoritária, Lopes Júnior¹⁸ sustenta a interpretação sistêmica com o inciso I, do artigo 313, exigindo cumulativamente o requisito de crime doloso com pena superior a quatro anos.

¹⁸ “Como regra, devemos estar diante de um crime doloso, cuja pena seja superior a quatro anos (adequação sistêmica ao inciso I). Pensamos que, quando muito, estando presentes o *fumus commissi delicti* e alguma das situações de *periculum libertatis* do art. 312, e sendo o crime doloso, o inciso em questão somente serviria para reforçar o pedido e a decisão. Mas, para tanto, deve-se analisar ainda qual foi a medida protetiva decretada, para verificar-se a adequação da prisão em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade. Do contrário, incabível a prisão preventiva, a nosso juízo”. (LOPES JUNIOR, 2012, p. 860).

Noutra perspectiva, Cunha (2012, p. 210) e Machado (2012, p. 608-609) asseveram que as hipóteses do artigo 313, do CPP, não são cumulativas, limitando a espécie em comento, isto é, o inciso III, às condições da prática de um crime nas circunstâncias da violência familiar e doméstica contra a mulher e o descumprimento de medidas protetivas anteriormente concedidas – logicamente, como já fora comentado, presumindo sempre os requisitos gerais do artigo 312. Nessa mesma perspectiva, mas com ressalvas peculiares, Oliveira (2012, p. 554), por sua vez, assevera que, além do descumprimento das medidas protetivas previamente determinadas, a preventiva será possível para crimes dolosos, não se exigindo a pena máxima superior a quatro anos, mas, sim, que se trate de pena privativa de liberdade, conforme leitura do art. 283, §1º, do CPP.

Nesse mesmo grupo doutrinário, em didática explanação, Távora (2011, p. 554-555) afirma que a regra geral – da preventiva para crime com pena superior a quatro anos (CPP, art. 313, I) – se excepcionaria em três situações: a) quando o réu já foi condenado por crime doloso em sentença transitada em julgado, ressalvado o período depurador da reincidência (art. 313, II, CPP c/c art. 64, CP); b) quando exista dúvida sobre a identidade civil da pessoa e o agente não fornece elementos suficientes para esclarecê-la (CPP, art. 313, p. único); e, em convergência com a temática em comento, c) “se o crime envolver violência doméstica e familiar, no objetivo de garantir a execução das medidas protetivas de urgência”.

Assim, como se nota, a doutrina tem se inclinado majoritariamente à compreensão autônoma das hipóteses do artigo 313. Tal interpretação é a que melhor se coaduna, não somente no aspecto normativo-sistemático, mas, também, na perspectiva teleológica. Destarte, nota-se que foi salutar a opção adotada pelo legislador ao estipular autonomamente a hipótese em comento. Doutra forma, qualquer compreensão distinta afastaria a prisão preventiva, em caso de descumprimento de medida protetiva, da maioria dos crimes recorrentes na rotina forense das Varas Especializadas de combate à violência contra a mulher. Assim, empiricamente, é possível notar que esse importante instrumento normativo não abarcaria a grande incidência, no contexto de violência doméstica e familiar, dos tipos de calúnia (CP, art. 138), difamação (CP, art. 139), injúria (CP, art. 140), ameaça (CP, art. 147), violação de domicílio (CP, art. 150), dano (CP, art. 163); e até mesmo, de forma paradoxal, ao tipo da lesão corporal na modalidade violência doméstica (CP, art. 129, §9º) não poderia ser im-

pingida a hipótese de prisão preventiva tratada. Assim, restariam acima do limite da pena em abstrato máxima acima de quatro anos, num grau de incidência muito mais rarefeito na dinâmica forense, os tipos de lesão corporal qualificada (grave, gravíssima e seguida de morte – CP, art. 129, §§1º, 2º e 3º), cárcere privado e sequestro na modalidade qualificada (CP, art. 148, §1º, I e §2º), homicídio (simples e qualificado – CP, art. 121, *caput* e §2º) e estupro (simples e qualificado – CP, art. 213, *caput* e §§1º e 2º).

Destarte, como visto, o presente trabalho se coaduna com a corrente doutrinária que firma a proporcionalidade da opção legislativa, tanto no aspecto sistemático quanto no teleológico, da autonomia da hipótese do inciso III em relação à exigência do inciso I do artigo 313, do CPP.

Contudo, trazendo para o contexto do trabalho preocupação doutrinária frequente – em aspecto que certamente exigiria análise mais aprofundada em pesquisa específica –, faz-se necessária perfunctória menção ao cuidado com a manutenção da prisão preventiva quanto aos tipos penais cujas penas em concreto, pela práxis forense, geralmente não se aproximam das estipulações máximas dos respectivos preceitos secundários. Como bem alerta Jesus (2012, p. 309), “há que ter, contudo, extremo cuidado para que a medida provisória não seja mais rigorosa do que a providência final, ou seja, mais severa do que a pena imposta ao réu”.

De qualquer maneira, tendo como ponto de reflexão o ensino de Ferrajoli (2002, p. 446) – onde “[...] toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio” –, é de se ponderar sempre a aplicação da prisão preventiva. Às hipóteses de descumprimento que não correspondem aos requisitos para sua decretação, o legislador (LMP, art. 22, §4º) possibilitou os instrumentos inibitórios do artigo 461, §§4º e 5º do Código de Processo Civil. Por outro lado, ainda que esteja configurada legítima situação para a medida cautelar de ergastulamento preventivo, a razoabilidade não deve se afastar da aplicação desse instituto. Doutra maneira, no campo de combate à violência de gênero, ter-se-á flagrante manifestação da violência institucional. Então, mesmo que no contexto de um combate necessário, acabará o instrumento legal perdendo a sua legitimidade:

Nenhuma medida coercitiva pessoal, precisamente porque representa a máxima intervenção do poder estatal sobre a liberdade humana, pode ser imodera-

da ou irresponsável ou ainda ilimitada, de tal modo a dar ensejo a distorções ou mesmo subversão dos fins que norteiam o correto desempenho das nobres funções públicas. Sempre que uma medida judicial destoava do padrão da razoabilidade, falta-lhe causa legítima e, ao mesmo tempo, exprime um inaceitável abuso, densamente pernicioso para a liberdade de ser humano. (GOMES, 2014).

Por fim, acrescem-se, além do exposto, como referências jurisprudenciais¹⁹, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que traduzem o entendimento esposado sobre a problemática em comento:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. REITERAÇÃO. RISCO CONCRETO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER ACOLHIDO. 1. Segundo a reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, **as prisões cautelares são medidas de índole excepcional**, somente podendo ser decretadas ou mantidas caso demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a efetiva

¹⁹ Há outros julgados interessantes sobre a prisão preventiva em caso de descumprimento de medida protetiva: STJ, HC 100.512, 6.ª Turma, rel. Paulo Gallotti, j. 3/6/2008; TJ-DF - HBC: 20130020253976 DF 0026333-66.2013.8.07.0000, Relator: Silvano Barbosa dos Santos, j. 14/11/2013, 2ª Turma Criminal; STJ - HC: 243727 SC 2012/0107769-8, Relator: Min. Laurita Vaz, j. 28/08/2012, T5 - QUINTA TURMA; TJ-RS - HC: 70053557898 RS, Relator: João Batista Marques Tovo, j. 04/04/2013, Terceira Câmara Criminal; TJMA, Processo nº 0011214-81.2013.8.10.0000 (139432/2013), 2ª Câmara Criminal, Rel. José Luiz Oliveira de Almeida, j. 05.12.2013; TJ-MA, HC nº 0008154-03.2013.8.10.0000 (133798/2013), 3ª Câmara Criminal, Rel. José de Ribamar Froz Sobrinho, j. 12.08.2013; TJ-MA, HC nº 0007603-57.2012.8.10.0000 (124402/2013), 1ª Câmara Criminal, Rel. Antônio Fernando Bayma Araújo, j. 29.01.2013; STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 43.425/RS (2013/0403772-7), 5ª Turma, Rel. Laurita Vaz, j. 11.03.2014; STJ, Recurso em Habeas Corpus nº 41.944/RS (2013/0355404-0), 5ª Turma, Rel. Jorge Mussi, j. 05.11.2013; STJ, HC nº 261596/GO (2012/0265980-9), 6ª Turma, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.02.2013; STJ, HC nº 230940/MG (2012/0007391-8), 5ª Turma, Rel. Jorge Mussi, j. 08.05.2012; STJ, HC nº 165075/DF (2010/0044000-0), 5ª Turma, Rel. Laurita Vaz, j. 22.03.2011.

imprescindibilidade de restrição ao direito constitucional à liberdade de locomoção, **à luz de um dos fundamentos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.** 2. **Conforme a regra insculpida no art. 313 do Código de Processo Penal, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher caberá a prisão preventiva para assegurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, quando estas em si se revelarem ineficazes para a tutela da mulher.** 3. Sendo certo que o recorrente, descumprindo medida protetiva anteriormente imposta, volta a ameaçar a vítima, está demonstrada de forma concreta a necessidade da custódia cautelar. Não é possível esperar que o agressor cumpra a ameaça para depois se tomar uma providência. 4. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (Recurso em Habeas Corpus nº 36063/MG (2013/0066830-6), 6ª Turma do STJ, Rel. Sebastião Reis Júnior. j. 13.08.2013, unânime, DJe 13.09.2013). (Grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. VIO-LÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ACAUTELAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍ-TIMA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. CRIME APENADO COM DE-TENÇÃO. POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 313, INCISO IV, DO CPP. HABEAS CORPUS DENE-GADO. 1. É legal a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória que, partindo da singularidade do caso concreto, assevera a necessidade de acautelamento da integridade, sobretudo física, da vítima, ameaçada de morte pelo Paciente. 2. **A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, o próprio ordenamento jurídico - art. 313, inciso IV, do Código de**

Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.340/2006 - prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva nessas hipóteses, em circunstâncias especiais, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. 3. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 240225/DF (2012/0081739-7), 5ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz. j. 14.08.2012, unânime, DJe 23.08.2012).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer reflexão que esteja, diretamente ou indiretamente, relacionada à violência contra a mulher exige um esforço científico peculiar. Assim, consciente desse desafio epistemológico, o presente trabalho buscou auferir as compreensões existentes quanto à prisão preventiva na conjuntura normativa da Lei Maria da Penha, sem olvidar a menção necessária à violência de gênero e a política extrapenal predominante no referido diploma. Para tanto, ainda que perfunctoriamente, como ponto de gravitação do tema correlato, foi erigido como paradigma interpretativo o conceito violência de gênero. Depois dessa problematização conceitual, foi feita a abordagem das perspectivas divergentes que se contrapõem diante do microsistema da Lei nº 11.340, polarizando-se, de um lado, a corrente punitivista e, de outro, a perspectiva predominantemente extrapenal. Por fim, passou-se, então, a perquirir as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à prisão preventiva no microsistema da Lei nº 11.340/2006; redundando, finalmente, na convergência teórico-pragmática necessária.

Por todo o exposto, primeiramente, restou proeminente a dificuldade doutrinária em geral na tratativa do microsistema da Lei Maria da Penha. Na verdade, com pontuais exceções, o que pode ser observado é um cenário de superficialidade peculiar na abordagem acadêmica em geral. Em um polo científico, nota-se o devido questionamento dos aspectos históricos, ideológicos e sociais que envolvem o fenômeno da violência de gênero. Contudo, nessa conjuntura crítica e engajada com a práxis feminista, percebeu-se uma evidente superficialidade no trato jurídico da questão.

Por outro lado, em polo acadêmico inverso, a problemática científica se inverte. Quase que de forma unânime, processualistas e penalistas que expõem seus entendimentos sobre a Lei Maria da Penha não reservam, ainda que minimamente, qualquer espaço para a problematização social necessária.

Como sintoma dessa acriticidade omissa, nota-se, mesmo em obras que utilizam a abordagem sistêmica de artigo por artigo, a grave omissão de nada se afirmar sobre a violência de gênero – e, logicamente, sobre o conceito de gênero. Assim, aspecto tão nevrálgico no microsistema, quando lembrado, é relegado a ser tratado com mero capricho legislativo. Também, nas doutrinas desse específico jaez, as próprias disposições preliminares e disposições gerais da LMP são analisadas como fruto da prolixidade do processo legislativo, incorrendo, segundo essas vozes, em repetições desnecessárias dos direitos e garantias constitucionais. Dessa forma, tais obras, ao não permitirem qualquer vislumbre sociológico da violência de gênero, invariavelmente incorrem numa perspectiva extremamente unilateral – quando não, descabida – do microsistema legal em comento.

Com a assunção exclusiva – mais precisamente, excludente – do viés jurídico-positivo, a doutrina majoritária incorre em erros comezinhos na interpretação da Lei Maria da Penha. Olvidar a práxis feminista, desconsiderar o descompasso histórico dos direitos humanos das mulheres e fechar os olhos à ideologia patriarcal predominante, é escolha científica que firmemente redundará em preferências jurídicas que não se adequarão perfeitamente à realidade ontológica, que é objeto da legislação. Isto é, a devida compreensão do fenômeno da violência de gênero (contra a mulher) é condição *sine qua non* para a apreensão do diploma legal que busca enfrentá-la.

Entretanto, o problema doutrinário ressaltado não deve ser visto como uma dificuldade recente. Pelo contrário, o cenário atual de parte da doutrina brasileira é reflexo direto da resistência inicial à Lei Maria da Penha. A necessidade de o Supremo Tribunal Federal ratificar a constitucionalidade desse diploma – no dia 09 de fevereiro de 2012, por meio da ADC 19-3/610 e ADI 4.424 – revela muito bem o grau de incompreensão que surgiu – e que se perpetuaria sobre o tema.

Contudo, apesar do cenário desafiador, é possível vislumbrar soluções. Além da conscientização da existência do problema, uma mudança radical quanto ao tratamento do microsistema da LMP deve ser

empreitada tanto na esfera conceitual quanto no exercício jurídico. Como são dois polos que se dinamizam e se complementam, a mudança paradigmática deve ser realizada nos dois âmbitos: teórico e prático. Daí o presente trabalho sustentar justamente a necessidade de uma convergência teórico-pragmática, nesse contexto, sobre a prisão preventiva.

Por fim, é de se ressaltar que o presente artigo, ao se aventurar na fixação de pontos de convergência sobre a prisão preventiva, não tem qualquer pretensão exaustiva ou peremptória. Pelo contrário, o presente trabalho, ao suscitar a necessidade atual por uma uniformização teórico-pragmática sobre o tema, por si só, já revela seu caráter zetético, provocativo. Dessa maneira, não se almeja que os referenciais firmados sejam aceitos como panaceia jurídica para os questionamentos existentes. O desiderato dessa obra acadêmica, tendo como plano de fundo as dúvidas recorrentes na rotina forense, é destacar relativo desprestígio acadêmico com os temas correlatos à Lei 11.340. Inclusive, ao fim e ao cabo, o presente artigo acaba por provocar subliminarmente se tal cenário teórico-pragmático não seria sutil manifestação da ideologia patriarcal ainda pungente.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de (Org.). **Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BECHARA, Júlia Maria Seixas. **Violência doméstica e natureza jurídica das medidas protetivas de urgência**, out. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/689>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A lei da violência doméstica e familiar contra a mulher e o processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 168, p. 255-265, fev. 2009.

CAMPOS, Amini Haddad. **Direitos humanos das mulheres**. Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo, 2012.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil**: análise da Lei 'Maria da Penha', nº 11.340/06. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha)**: Lei 11.340/2006: comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DEBERT, Guita Grina; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 165, fev. 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência familiar doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais civis da Lei Maria da Penha (violência doméstica e familiar contra a mulher). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 160, p. 9-31, jun. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOLEY, Gláucia Falsarella. Lei Maria da Penha: lei de emancipação da mulher? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 894, p. 451, abr. 2010.

GOMES, Luiz Flávio. Critérios para a aferição da razoabilidade da prisão preventiva. **Juris Plenum Ouro**, Caxias do Sul, n. 37, maio/jun. 2014. 1 DVD.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGORI, Maria Filomena. Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, vol. 4, p. 394, ago. 2011.

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha - Lei com nome de mulher**: considerações à Lei nº 11.340/2006: contra a violência doméstica e familiar, incluindo comentários artigo por artigo. Campinas: Servanda Editora, 2008.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as mulheres e legislação especial, ter ou não ter? Eis uma questão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 321-360, jan./fev.2008.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.14, n.168, p. 6-7, nov. 2006. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Boletim-168_Karam.pdf>. Acesso em: 21 maio 2014.

_____. Sistema penal e os direitos da mulher. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, p. 416, ago. 2011.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecília. Das medidas protetivas – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminina. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 301.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Fausto Rodrigues de. **Cautelares (Lei nº 12.403/11) e Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23277/cautelares-lei-no-12-403-11-e-lei-maria-da-penha#ixzz2FWrFBXQT>>. Acesso em: 2 maio 2014.

LIMA, Laércio Conceição. Violência doméstica: medidas protetivas à mulher: sua natureza e seu alcance. **Jus**, Belo Horizonte, ano 43, n. 27, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=87495>>. Acesso em: 6 maio 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Niterói,RJ: Impetus, 2011. v. 1

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri, SP: Manole, 2010.

NANJARÍ, Cecilia Castillo. Gênero como categoria de análise para desvendar a violência contra as mulheres: um desafio para a educação teológica. **Revista Caminhando**, v. 14, n. 2, p. 141-151, jul./dez. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIMENTEL, Sílvia. **Evolução dos direitos da mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

PIRES, Amom Albernaz. A opção legislativa pela política criminal extrapenal e a natureza jurídica das medidas protetivas da Lei Maria da Penha. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 5, p. 121-168, 2011.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado e violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. (Coleção Brasil Urgente).

_____. **Violência doméstica ou a lógica do galinheiro**. Disponível em: <<http://www.pagu.unicamp.br/sites/www.ifch.unicamp.br/pagu/files/colenc.01.a06.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2014.

SENTONE, Bruno Delfino. **A natureza jurídica das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor na lei 11.340/2006**, jun. 2011. Disponível em: <http://www.fempapr.org.br/artigos/upload_artigos/bruno-sentone.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel. **Direito penal de gênero - Lei 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher**, jan. 2007. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=889&categoria=Reforma%20Agr%C3%A1ria>. Acesso em: 1 maio 2014.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: 2011.

TELES, Maria Amélia de Almeida. O protagonismo das vítimas de violência doméstica. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, p. 381, ago. 2011.



**A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES
DIVERSAS DA PRISÃO PARA A MANUTENÇÃO
DA ORDEM PÚBLICA
A MALEABILIDADE DA LEI NÃO IMPLICA MAIOR EFICIÊNCIA**

*Luciana Braga Reis**

Resumo: O escopo deste artigo consiste em desenvolver uma crítica no que concerne às novas medidas cautelares diversas da prisão previstas na Lei nº 12.403/2011, especificamente no que se refere à ineficácia de sua aplicabilidade para a manutenção da ordem pública, em razão, dentre outros fatores, da periculosidade do agente, do elevado risco de reiteração delitiva, da gravidade concreta do delito, bem como da inexistência de um aparato estatal eficiente para coibir a atividade criminosa, o que desaconselha, portanto, a aplicação das medidas alternativas ao cárcere. Assim, ante a insuficiência dessa reprimenda, necessário se faz o decreto prisional. A maleabilidade da Lei nº 12.403/11 não implica maior eficiência, conquanto o poder público não dispõe de recursos e instrumentos idôneos para a fiscalização das medidas constritivas, sendo nítida a sua dificuldade em supervisionar o seu cumprimento, comprometendo sobremaneira a sua efetividade.

Palavras-chave: Processo penal. Medidas cautelares pessoais. Ineficácia. Reiteração delitiva. Prisão Preventiva. Excepcionalidade.

Abstract: The scope of this paper is to develop a critical regard to new prison several precautionary measures provided in law nº 12.403/2011, specifically regarding to the ineffectiveness of its applicability to the maintenance of public order, that, among other factors, the dangerousness of the offender, the high risk of reiteration, the specific gravity of the offense and the lack of an efficient state apparatus to suppress criminal activity, which therefore discourages the application of alternative measures to prison. Like this, given the failure of this reprimand, the prison becomes necessary decree. The malleability of law nº 12.403/11 does not imply greater efficiency, while the government lacks resources and suitable

* Advogada, vinculada ao Escritório Simon, Gonçalves e Souza Advocacia e Consultoria, Pós-Graduada em Direito Público, com formação para o Magistério Superior, pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Tutora de TCC à distância do Curso de Especialização em Gestão Pública da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA.

instruments for supervising constricting measures was evident in their inability to supervise compliance, greatly compromising its effectiveness.

Keywords: Criminal proceedings. Personal Precautionary Measures. Inefficiency. Repetition deliquent. Preventive Detention. Exceptionality

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo foi escrito à luz de uma análise crítica no que se refere à insuficiência da aplicação das medidas cautelares pessoais diversas da prisão para a manutenção da segurança e da ordem pública, e a consequente efetividade da lei, mormente quando não dispõe o aparelho Estatal de mecanismos de controle e fiscalização dessas medidas.

Antes da vigência da Lei nº 12.403/11, que alterou alguns dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro, relativos à *prisão processual, fiança, liberdade provisória e medidas cautelares*, o indivíduo que praticasse algum crime poderia ficar preso ou socorrer-se do benefício da liberdade provisória. No entanto, com a ampliação do rol das cautelares, o juiz passou a ter alternativas diversas, substitutivas da prisão.

Sucedede que, com o surgimento desses “novos” institutos, alguns questionamentos começaram a irromper em relação à aplicabilidade dessas medidas e a forma de supervisioná-las, objetivando garantir a finalidade colimada pela lei, qual seja, evitar a segregação prematura do acusado e ainda conferir ao juiz maior flexibilidade quanto às suas decisões.

A princípio, ao criar as medidas acautelatórias, pretendeu o legislador o desafogamento dos presídios, deixando de manter custodiados aqueles que praticam crimes de menor potencial ofensivo ou os chamados “pequenos delitos”, e ainda, aqueles que não sejam reincidentes em crimes dolosos, com pena igual ou inferior a 04 (quatro) anos.

A doutrina não é assente quanto à questão das prováveis melhorias que a inserção dessas novas medidas poderia proporcionar ao sistema prisional, especialmente no que se refere ao problema da superlotação das penitenciárias brasileiras.

Por sua vez, a jurisprudência dominante em nossos Tribunais não vacila quando estabelece que, não estando presentes as condições favoráveis à concessão da liberdade provisória, ou não recomendável a aplicação

das medidas previstas no art. 319 do CPP, a decretação da custódia preventiva é medida que se impõe, por restar em grave risco a ordem pública.

Fundamentalmente, é sob esse aspecto que a presente análise recai. Observa-se que hoje, da forma como se apresentam, as medidas cautelares não passam de regras meramente formais, desprovidas de efetividade na prática, haja vista a inexistência de recursos, estrutura e instrumentos idôneos para operacionalizar a sua fiscalização.

Assim, nessa conjectura é que alertamos para a ineficácia que a aplicação dessas medidas representa como instrumento inibidor da atividade criminosa, considerando-se a ausência de um controle público eficiente e apto a evitar a reiteração delitiva, o que acaba por despertar na sociedade a desagradável sensação de impunidade, insegurança e descrédito na justiça.

2 NOVAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

2.1 Considerações Gerais

Conforme dito nestas primeiras linhas, o escopo deste artigo consiste em renovar algumas discussões no sentido de avaliar-se a suficiência ou não da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão para a garantia da ordem social, em contraponto à limitação da liberdade do indivíduo pelo uso da prisão preventiva.

Nesse contexto, sob a égide da Lei nº 12.403/11, a nova redação do art. 319 do CPP, introduziu um rol de medidas cautelares alternativas à prisão, estabelecendo a sua aplicabilidade de forma preferencial ao cárcere, este, determinado apenas em caráter excepcional.

Em geral, os critérios que orientam a aplicação das medidas acatelasórias estão previstos nos arts. 282 e 283 do CPP. Tais medidas serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial, ou ainda, mediante requerimento do Ministério Público, consoante dispõe o § 2º do art. 282 do CPP.

Depreende-se da lei, que as alternativas penais poderão ser aplicadas ao longo da persecução penal, de forma isolada ou cumulativamente, substituídas umas pelas outras, ou mesmo revogadas, o que por óbvio,

não impede o juiz de novamente poder decretá-las, surgindo a pertinência para tanto.

A durabilidade de cada medida será variável de acordo com a sua necessidade e conveniência, considerando-se também a gravidade concreta do delito, e, em caso de descumprimento, o juiz poderá, em última análise, decretar a prisão preventiva, a teor do disposto no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Assim, o decreto preventivo será igualmente oportuno quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar. Em suma, reside aqui a subsidiariedade da prisão preventiva, somente se aplicando esta última, quando não forem suficientes as demais cautelares pessoais. É o que se observa na dicção do § 6º, do art. 282, do CPP, *litteris*:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

(*omissis*)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2014).

Como se vê, dentre os requisitos que norteiam o provimento acautelatório, estão os indícios de autoria e a demonstração da materialidade delitiva. Somam-se a estes, a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

O dispositivo legal supra ainda preconiza a conjugação de outros três pressupostos, como a adequação da medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado. São estes, portanto, os vetores que deverão orientar a escolha da medida cautelar, ficando a critério e sensibilidade do juiz.

Isso não significa, porém, que ele esteja adstrito tão somente às medidas cautelares orquestradas pela lei. Desse modo, diante da situação concreta, poderá o juiz se utilizar de outras medidas, embora não expressamente previstas, desde que sejam adequadas e não excedam aos limites propostos pelo art. 319 do CPP. (TÁVORA; ALENCAR, 2012).

Assim, vale transcrever o art. 319 do CPP, que dispõe:

Art. 319 – São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica. (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2014).

Como bem consigna a lei, estamos diante de providências alternativas, que devem ser úteis e efetivas ao processo, no entanto, a realidade jurisdicional brasileira vem acenando com resultados diversos e inexitosos, completamente equidistantes do propósito para o qual foram criadas.

É sob esse enfoque que caminhará o presente estudo.

2.2 Medidas cautelares diversas da prisão no direito comparado

Far-se-á aqui uma breve incursão no estudo comparado de alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, no tocante às medidas cautelares pessoais diversas da prisão, destacando aquelas características que mais se assemelham ao que foi adotado em nosso sistema processual penal.

Soares (2013), com maior abrangência, nos informa algumas das medidas constritivas que são comuns aos sistemas brasileiro, italiano, chileno e norte-americano, a saber: a fiança; as prisões domiciliares; a proibição de sair do território nacional; o dever de apresentação periódica; a proibição de frequentar determinados lugares; a imposição de permanência em determinado espaço; o afastamento compulsório da casa familiar e a proibição de aproximação entre suposto agressor e suposta vítima.

Além destas semelhanças, o citado autor ainda identifica outros traços equivalentes ao modelo brasileiro, como a possibilidade de cumulação das medidas alternativas e o uso da prisão, face à inobservância da cautela anteriormente decretada e não cumprida.

Das experiências registradas no cenário internacional, especialmente no Direito Português e Italiano, é possível destacar algumas peculiaridades, como por exemplo, a cautelar de comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; esta medida foi importada do sistema português (art. 198º do CPPP) (NICOLITT, 2014), no entanto, diferentemente do que ocorre em nosso CPP, a legislação portuguesa estabelece a sua aplicação para aqueles crimes com pena máxima superior a 06 (seis) meses.

Não obstante, em relação a essa cautelar, o Código de Processo Penal Português ainda faz alusão a outros requisitos, como a possibilidade do comparecimento à Delegacia de Polícia, não se limitando apenas ao Judiciário. (NICOLITT, 2014).

Difere da cautelar prevista no inc. I, do art. 319, do CPPB, em razão de que o legislador pátrio não previu expressamente as condições

para que houvesse a apresentação perante tais órgãos, bem como deixou de mencionar a durabilidade dessa medida, ficando ao arbítrio do juiz a sua estipulação, conforme o caso concreto.

No que se refere ao ordenamento italiano, destaca-se uma curiosidade em relação à disciplina das medidas cautelares pessoais, que concerne à nítida separação entre as chamadas medidas cautelares coercitivas ou aprisionadoras e as medidas interditivas ou não-aprisionadoras. (SOARES, 2013).

Basicamente, as cautelares aprisionadoras são aquelas que restringem a liberdade de ir e vir do cidadão, a exemplo do cárcere e da prisão domiciliar; já as medidas interditivas, limitam o exercício de um direito, como a suspensão de função pública e atividades profissionais. (SOARES, 2013).

O registro desta análise comparativa entre os sistemas acima citados, não aprofundado como mereceria, serve apenas para ilustrar que a recente positivação das medidas cautelares diversas da prisão no direito brasileiro, apesar das arestas, pouco diverge daqueles considerados modernos, como o italiano (modelo europeu).

3 A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO PARA A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA

O artigo 5º, inc. LXI, da CF/88, bem como o art. 283 do CPP, assestam que: “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva”. (CURIA; CÉSPEDES; NICOLETTI, 2014).

No sistema punitivo brasileiro, a prisão preventiva é, por essência, de natureza excepcional, tendo por objetivo assegurar a ordem pública, a ordem econômica, a aplicação da lei penal e a garantia da instrução criminal.

Assim, é consabido que o processo penal, na atualidade, não mais admite a segregação prisional antes do trânsito em julgado, sem a demonstração inequívoca e fundamentada da necessidade efetiva da custódia cautelar, bem como da aplicação de outras medidas de restrição da liberdade.

Com efeito, nos termos do art. 313 do CPP, para que seja admissível a prisão cautelar, é necessário que se trate de delito punido com pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, ou de indiciado reincidente em crime doloso, ou para garantir a execução das medidas protetivas de urgência em caso de violência doméstica, ou ainda, quando houver dúvida a respeito da identidade civil da pessoa ou esta não apresentar elementos suficientes para a sua identificação.

No entanto, diante dos inúmeros casos que beiram à completa barbárie e que denotam a intensa atividade criminosa que estamos vivenciando não somente em âmbito nacional, mas também dentro da realidade do nosso Estado, difícil é desacreditar da ideia de que o crime só poderá ser repellido de forma eficaz, através da política prisional.

Ao revés, sob a nova perspectiva das providências acautelatórias, como já sinalizado anteriormente, buscou-se um modelo que assegurasse a efetividade do provimento jurisdicional sem que houvesse a necessidade de ter que imprimir ao acusado o caráter deletério da prisão, ainda que em sede cautelar.

Por algum tempo, acreditou-se na concepção de que o uso das medidas alternativas à prisão - de forma a restringir o mínimo possível, a esfera de liberdade do indivíduo -, não acarretaria tantos prejuízos ao apenado, controlaria a superlotação do sistema penitenciário brasileiro, e a resposta punitiva, logo após o cometimento de delito, atenderia aos anseios de justiça da sociedade.

Diferentemente do que se pensou, não é bem isso que acontece. De qualquer sorte, em face desse fantasioso entendimento que se adotou, Távora e Alencar (2012, p. 673), asseveram que:

[...] Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar do sistema brasileiro. Agora, alberga-se um rol de medidas constritivas não tão extremas quanto o cárcere, nem tão brandas quanto a mera manutenção da liberdade do agente, até então condicionada ao comparecimento aos atos da persecução penal (antiga redação do art. 310 do CPP) [...].

A despeito da opinião doutrinária, em termos práticos, as medidas constritivas são insuficientes para diminuir os conflitos, garantir a manutenção da ordem pública e da paz social, além de pouco contribuir com a realidade da nossa persecução penal.

Notória, portanto, a inadequação desses institutos, pelos mais diversos motivos: o apenado simplesmente se escusa do cumprimento das obrigações a ele impostas, em virtude da ausência do real controle e fiscalização sobre as medidas aplicadas.

Aliás, impõe-se reconhecer que, fatores como a reiteração delitosa, a periculosidade do agente e a gravidade concreta do crime, além de não recomendarem a utilização de medida cautelar diversa da prisão, ao contrário, acabam por “autorizar” a decretação antecipada da custódia do acusado.

Adota-se semelhante raciocínio no caso do indivíduo que, além dos maus antecedentes, seja portador de uma personalidade tendenciosa ao ilícito. Ora, decerto que a sua liberdade representará um risco à sociedade, de nada adiantando o recolhimento domiciliar no período noturno, a monitoração eletrônica ou qualquer outra medida cautelar, por exemplo, se o sujeito demonstra certa pensão ao crime.

Nesse trilhar, não é à toa que a jurisprudência do STJ¹ vem reconhecendo que haverá a plena possibilidade de decretar-se a prisão preventiva de um indivíduo que tenha praticado atos infracionais ou que possua

¹ Recurso Ordinário em HC. Processual Penal. Crimes de Lesão Corporal e Ameaça, nos termos do Estatuto do Idoso, cometidos contra a avó da Recorrente. Prisão em Flagrante convertida em Prisão Preventiva concretamente fundamentada. Reiteração de Condutas delituosas. Garantia da Ordem Pública. Medidas Cautelares diversas da prisão. Descabimento. 1. A custódia cautelar, mantida pelo acórdão recorrido, encontra-se suficientemente fundamentada em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a necessidade da segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando a gravidade do crime - agredir e ameaçar sua avó maior de sessenta anos para obter dinheiro para comprar drogas - e os fortes indicativos de que a atividade criminosa era reiterada, tendo em vista que a Recorrente responde a outros processos pelos mesmos crimes, inclusive contra a mesma vítima e outros membros da família. 2. As instâncias ordinárias consideraram descabida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta do delito demonstra serem insuficientes para acautelar a ordem pública. Modificar esse entendimento reclama a apresentação de prova robusta e pré-constituída do direito perseguido, sendo certo que a mera alegação nesse sentido não é capaz de contornar essa exigência. 3. Recurso desprovido. STJ, Proc. nº RHC 37662 MG2013/0146644-0. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgamento: 19/09/2013. Órgão Julgador: Quinta Turma. Publicação: DJe 27/09/2013. (BRASIL, 2014a).

processo em andamento sem condenação definitiva, se as circunstâncias concretas evidenciarem que faz da atividade criminosa um meio de vida e que a sua liberdade poderia agravar o risco de reiteração.

Com toda propriedade, adverte Nucci (2011, p. 659), que: “[...] a reiteração na prática criminosa é motivo suficiente para constituir grave ameaça à ordem pública, justificador da decretação da prisão preventiva”.

Ademais, quando o agente revelar por seus antecedentes, pela reincidência ou periculosidade, que a sua liberdade representa uma ameaça para meio social, nesse momento estará consubstanciada a justa causa de decretação da prisão preventiva, eis que evidenciado o “*periculum libertatis*”.

Sendo assim, não é dificultoso concluir-se que, para aqueles que persistem na senda criminosa, restará absolutamente inócua a utilização das medidas cautelares diversas da prisão, por serem “penalidades” mais brandas.

Dessa forma, em que pese a dificuldade do juiz para sopesar a manutenção da liberdade do acusado ou a decretação da sua custódia preventiva, a aplicação das medidas constritivas, por serem mais leves, revelam-se inadequadas na grande maioria dos casos, porquanto não atingem o fim de prevenção do delito.

Para além desse cenário, citemos ainda os inúmeros exemplos práticos em que não há o atendimento dessas medidas: o acusado não presta o serviço que lhe foi determinado; não comparece em juízo para informar e justificar suas atividades; frequenta lugares os quais não deveria frequentar, para evitar incorrer em novas infrações; já em outras circunstâncias, o réu até inicia o cumprimento da medida aplicada, entretanto, volta a delinquir e a medida alternativa é revogada.

Assim, parece-nos claro que há uma incongruência na hipótese de não admitir-se também o decreto prisional provisório para aqueles que, embora não prejudicados pela mácula da reincidência, praticaram crimes graves, o que reclama a adoção de tratamento um pouco mais severo.

Perceba-se que, no mais das vezes, ainda que se cogite da aplicação cumulativa das medidas alternativas, estas são insuficientes para impedir o cometimento de novos crimes. É neste exato ponto que percebemos a fragilidade das medidas cautelares em determinadas situações, conquanto incapazes de refrear o aumento da criminalidade.

No que tange à impertinência dessas medidas em determinadas situações, veja-se o seguinte julgado que trata a respeito do descumpri-

mento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha, entretanto, que se assemelha à cautelar de proibição do acusado de manter contato com a vítima, por circunstâncias relacionadas ao fato, devendo dela permanecer distante, *verbis*:

Habeas Corpus. Violência Doméstica. Lei nº 11.340/06. Descumprimento de Medida Protetiva anteriormente imposta. Necessidade de Garantia da Ordem Pública. Ordem Denegada. Descumprimento de medida protetiva. Reiteração do agente na conduta criminosa, havendo, assim, necessidade da manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública, a fim de prevenir novas agressões em face da vítima, garantindo-lhe a vida e a integridade física. Constrição fundada nos arts. 312 e 313, III, do CPP. Inadequação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e artigo 22 da Lei 11.340/2006. Ordem denegada. (TJ/DF, HBC 62766120128070000 – DF). (DISTRITO FEDERAL, 2014, grifo nosso).

Ora, o que se extrai do julgado acima, além de ser questão de amplo conhecimento do Poder Judiciário, é que as medidas cautelares aplicadas quase nunca são cumpridas, tornando-se discutível o seu manejo pela autoridade judiciária, já que inúmeras são as falhas existentes no sistema de monitoramento e execução, isso quando há alguma fiscalização.

É o que se constata nos trechos da reportagem intitulada “*Por falta de tornozeleiras, SP deixa de fiscalizar 5.000 decisões judiciais*”, publicada no sítio da internet da revista *Veja*, a saber:

[...] Criada para manter mais gente em liberdade aguardando julgamento, ela está sendo usada apenas nos casos em que os presos ganhariam a liberdade de qualquer forma. Assim, as medidas cautelares, como comparecimento periódico em juízo, viraram um ônus a mais para quem já sairia da cadeia. Aos que continuam presos, os juízes negam o pedido de

relaxamento de prisão sabendo que o sistema não pode garantir que as medidas sejam seguidas [...]. (VEJA.COM, 2014).

Diante deste tenso prognóstico, frise-se que, não havendo o devido controle das medidas alternativas à prisão, e, insistindo o agente na conduta criminosa, os juízes pouco podem fazer senão deixar de aplicá-las, e continuar privando o indivíduo de sua liberdade de ir e vir, ao menos durante o tempo em que essa prisão se mostrar “necessária”.

Então, para que a sociedade mude seu modo de pensar e confira alguma credibilidade às medidas constritivas, necessário seria a comprovação, na prática, do funcionamento desse novo modelo aplicado pelo Judiciário, demonstrando que, de fato, as medidas alternativas cumprem melhor as finalidades da pena, que a reprimenda da prisão.

No entanto, a presente conjectura nos revela o quão tormentoso está sendo para os juízes fazerem uso, ou melhor, deixarem de fazer uso das alternativas penais, muitas das vezes, em razão da ausência de uma estrutura mínima adequada (de pessoal e material) para realizar a fiscalização dessas medidas.

Assim, apesar de todas as dificuldades e limitações dos magistrados, o uso da prisão ainda é muito criticado pelo estigma e por todos os malefícios que provoca; ocorre que em muitos casos, não há outra solução a ser imposta se não a inserção do acusado no cárcere antes do julgamento, não havendo, portanto, cogitar de desproporcionalidade na aplicação dessa medida.

Ademais, a jurisprudência de nossos Tribunais é farta nesse sentido, quando estabelece que adoção da prisão provisória processual não atenta contra o princípio da presunção de inocência e tampouco ofende o princípio da proporcionalidade:

HABEAS CORPUS. FURTOS PRATICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. EVENTUAL ILEGALIDADE NA HOMOLOGAÇÃO DO AUTO DE

PRISÃO EM FLAGRANTE RESTA SUPERADA EM VIRTUDE DO SUPERVENIENTE DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. - REQUISITOS DO ART. 312, CPP. PERICULUM LIBERTATIS.

No caso concreto, mostra-se necessário o resguardo da ordem pública, pois, embora o delito em questão tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, o acusado apresenta certidão de antecedentes criminais positiva, com condenação definitiva por tentativa de furto e processo em andamento por tráfico de drogas e associação, circunstâncias que demonstram não ser o fato narrado no presente writ algo isolado na sua vida, denotando ponderável risco de reiteração de práticas criminosas. E não há qualquer ilegalidade na afirmação de necessidade de resguardo da ordem pública para acautelamento do meio social a partir da conclusão de que o indivíduo apresenta periculosidade social, considerando o que se depreende de sua personalidade, com tendência à reiteração delitiva. Jurisprudência do STF e do STJ. - PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. Conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, constatada a excepcional necessidade de resguardo de valores constitucionais de igual relevância à liberdade do paciente, justifica-se a flexibilização desse princípio. - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A manutenção do preso em regime fechado, por força de decreto preventivo, não implica ofensa ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de prisão de cunho processual, que se justifica quando presentes as hipóteses fáticas previstas na lei, ou seja, pelos fundamentos da garantia da ordem pública (como no caso), da conveniência da instrução criminal e da segurança da aplicação da lei penal, que não se confunde com aquela decorrente de sentença condenatória. Ademais, apresenta-se

inviável, em sede de habeas corpus, a análise das circunstâncias judiciais que envolvem o delito em questão e a pessoa do paciente, capazes, em tese, de provocar o cumprimento da pena em regime mais rigoroso ou obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o quantum da pena aplicada autorizasse o regime mais brando ou a substituição. Ordem denegada. Habeas Corpus nº 70058085952. 8ª Câmara Criminal, Comarca de Guaporé. **TJ/RS**. Data do Julgamento: 19/02/2014. (RIO GRANDE DO SUL, 2014, grifo nosso).

Da decisão retro destacada, decorre que mesmo para aqueles indivíduos presos provisoriamente, não há constrangimento ilegal a ser reparado em razão da inconveniência de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, do CPPB, que porventura fossem empregadas.

Além disso, a maleabilidade da Lei nº 12.403/2011 esbarra na falta de recursos do poder público para prover o monitoramento dos detentos, tornando-a desprovida de efeitos práticos.

3.1 O Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a prisão preventiva é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta apenas para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, além dos casos de descumprimento de qualquer obrigação imposta por força de outras medidas cautelares.

Parecendo compartilhar do mesmo entendimento manifestado pela Suprema Corte, o STJ tem proclamado que a decisão que impõe a constrição cautelar para o resguardo da paz e tranquilidade social, em todos os casos, deve vir lastreada em elementos concretos que a justifiquem, sendo insuficiente a mera alusão genérica à gravidade do crime.

No que se refere à aplicação das medidas cautelares substitutivas da prisão, a orientação jurisprudencial do STJ tem-se alinhado de forma

uníssona no sentido de que a sua utilização vem se mostrando ineficaz em vista da insistência do acusado na prática de delitos.

Dito isto, faremos um breve apanhado das decisões mais recentes oriundas desse Egrégio Tribunal, destacando algumas decisões que demonstram esse posicionamento:

Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Roubo Circunstanciado. Pedido de Revogação da Prisão Preventiva. Superveniência de Sentença Condenatória. Título que não agrega novos argumentos. **GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRISÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. MODUS OPERANDI, PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INVIABILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.** 1. Não obstante a superveniência de novo título a embasar a custódia, o Magistrado limitou-se a reafirmar os fundamentos do *decisum* que originalmente decretou a prisão preventiva, o que afasta eventual supressão de instância e viabiliza o exame do *meritum causae*. 2. **O decreto de prisão preventiva encontra respaldo na necessidade de se preservar a ordem pública, em razão da gravidade em concreto do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, por sua periculosidade e pelo risco de reiteração delitiva, pois o Recorrente “possui inúmeras passagens pela Vara da Infância e da Juventude pela prática dos atos infracionais análogos aos crimes de furto, por quatro vezes, desacato, ameaça, pichação e tráfico de drogas”.** 3. “A prática de atos infracionais pelo acusado, apesar de não ser considerada para a apuração de maus antecedentes e de reincidência, serve para demonstrar a sua periculosidade e a sua propensão ao cometimento de delitos da mesma natureza, o que, por si só, justifica a manutenção da prisão preventiva, a bem da ordem pública.” (HC 208.169/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011). **4. Tem-se por válida a fundamentação utilizada**

pelo Tribunal de origem que, com expressa menção à situação concreta, entendeu inadequadas e insuficientes quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.403/2011, 5. As condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema. 6. Recurso desprovido. STJ. RHC 44207/DF. Data de Julgamento: 23/05/2014. (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA. ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. RÉU FORAGIDO À ÉPOCA DA SENTENÇA. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. I - A prisão cautelar, a teor do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, cuja adoção somente é possível quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312, do Código de Processo Penal demonstrarem sua imprescindibilidade. II - A prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada na garantia da aplicação da lei penal, haja vista a informação de encontrar-se o Recorrente foragido à época, frustrando o cumprimento de mandado de prisão anteriormente emitido contra si. **A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem admitido a imposição da constrição cautelar**

para resguardar a aplicação da lei penal, com fundamento na comprovada evasão ou ocultação do Réu, a fim de evitar a própria captura. Precedentes. III - Dada tal circunstância, devidamente considerada pelo Tribunal de origem, a qual demonstra a necessidade e adequação da medida, torna-se evidente a ineficácia das cautelas alternativas, arroladas nos arts. 319 e 320, do CPP, no que se refere à garantia da aplicação da lei penal no caso dos autos. IV - O exame da questão acerca da veracidade do fundamento utilizado para a decretação da prisão cautelar constitui matéria fática, insuscetível de apreciação na via estreita do habeas corpus. V - A presença de condições pessoais favoráveis, tais como residência fixa, primariedade e ocupação lícita, embora devam ser devidamente valoradas, não são suficientes, por si sós, para obstar a decretação da prisão cautelar, quando, devidamente embasada nos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, esta mostrar-se necessária. VI - Recurso ordinário em habeas corpus improvido. STJ. RHC 41877/PI. 5ª Turma. Data de Julgamento: 27/02/2014. (BRASIL, 2014c, grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 16, § ÚNICO, III, DA LEI 10.826/03. Posse de granada. Prisão Cautelar. Art. 312 do Código de Processo Penal. Garantia da Ordem Pública. Reiteração Criminosa. Maus Antecedentes. Motivação Idônea. Necessidade de Manutenção da Prisão Preventiva. IMPOSIÇÃO DE CAUTELARES ALTERNATIVAS. INEFICÁCIA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. INSUFICIÊNCIA. I - A prisão cautelar, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando as circunstâncias do caso concreto, devidamente fundamentadas no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade. II - Esta 5ª Turma

vem adotando o entendimento no sentido de que a constrição cautelar impõe-se para a garantia da ordem pública, com fundamento na reiteração criminosa, bem como na periculosidade do acusado. Precedentes. **III - Faz-se necessária a adoção da medida excepcional de privação cautelar de liberdade para o resguardo da ordem pública, tendo em vista os maus antecedentes (condenação pela prática de associação ao tráfico e por resistência, sem prejuízo da existência e indiciamento em inquérito por latrocínio consumado), bem como pelo alto grau de lesividade da conduta (possuir em casa uma “Granada M3” de alto poder destrutivo) caracterizando sua periculosidade social, evitando-se a continuidade da atividade criminosa desenvolvida.** IV - A presença de condições favoráveis, tais como residência fixa, primariedade e ocupação lícita, embora devam ser devidamente valoradas, não são suficientes, por si sós, para obstar a decretação da prisão cautelar, quando, devidamente embasada nos fundamentos do art. 312, do Código de Processo Penal, esta mostrar-se necessária. Precedentes. V - As circunstâncias consideradas tanto pelas instâncias ordinárias, demonstram a necessidade e adequação da medida, tornando evidente a ineficácia das cautelas alternativas, elencadas nos arts. 319 e 320, do CPP. Precedentes. VI - Recurso improvido. (RHC 43.350) (BRASIL, 2014d, grifo nosso).

Conforme se apura da análise destes precedentes, o posicionamento perfilhado pelo STJ é de que os antecedentes criminais são válidos para medir o risco que o acusado pode representar à ordem pública, e que mesmo sendo exceção, o enclausuramento provisório pode ser adotado em situações dessa natureza.

Dessa forma, em casos tais, o afastamento do acusado do convívio social ressoa a decisão mais ponderada. Ainda que hajam condições pessoais favoráveis, estas não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade provisória, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como na hipótese dos julgados.

A 5ª (Quinta) Turma do E. Superior Tribunal, contudo, já vinha reconhecendo que a reincidência e o grau de periculosidade do acusado reclamariam a adoção de medida extrema.

Como bem se vê, a orientação jurisprudencial cristalizada no âmbito do STJ, é no sentido de que a segregação cautelar para a garantia da ordem pública, desde que materialmente contextualizada e fundamentada pelo magistrado, sinaliza que este requisito do art. 312, *caput*, do CPP, está sendo devidamente observado, não havendo ilegalidade na sua decretação, ante a ineficácia das cautelares alternativas do art. 319 do CPP.

3.2 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Sempre que instada a manifestar-se a respeito deste tema, a nossa Suprema Corte reafirma o seu entendimento, no sentido de não haver ilegalidade para a segregação preventiva do acusado, quando justificada a necessidade de resguardo da ordem pública, evitando que o agente continue a delinquir no transcorrer da persecução penal.

Assim, para esta Corte Excelsa, a segregação cautelar amparada nesse fundamento, quando depreendida de elementos concretos dos autos, encontra amparo não só na jurisprudência deste Pretório, como também nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

A esse respeito, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RECEIO DE REITERAÇÃO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. NÃO RECOMENDADO. Condições Subjetivas. Irrelevância no caso. Ausência de constrangimento Ilegal. Ordem Denegada. **1. Os fundamentos utilizados revelam-se idôneos para manter a segregação cautelar do paciente, na linha de precedentes desta Corte. É que a decisão aponta de maneira concreta a necessidade de garantir a ordem pública, ante a periculosidade do agente (integrante de uma quadrilha especializada em roubos) e pelo fundando**

receio de reiteração delitiva. 2. As circunstâncias concretas do fato e as condições pessoais do paciente não recomendam a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão preventiva, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre no caso. 4. Ordem denegada. Data do Julgamento: 26/11/2013. STF. HC 116880 – SP. (BRASIL, 2014e, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CUSTÓDIA PREVENTIVA. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA. I - A prisão cautelar mostra-se suficientemente motivada para a preservação da ordem pública, haja vista a possibilidade concreta de reiteração delitiva pelo paciente. Precedentes. II - A menção feita no acórdão impugnado de que o réu exercia a atividade de segurança em local conhecido como distribuição de entorpecentes não agravou a situação do paciente, mas tão somente ratificou o decreto construtivo, no sentido da necessidade da prisão preventiva para acautelar o meio social. III - Demonstrada a habitualidade delitiva do paciente e, por conseguinte, a higidez dos motivos apresentados para a decretação da prisão preventiva do paciente, sua substituição por outra medida cautelar diversa se afigura inadequada e insuficiente. IV - Ordem denegada. Data do Julgamento: 07/08/2013. STF. HC 118700/MG. (BRASIL, 2014f, grifo nosso).

Assim, na linha de precedentes desta Corte, ante a necessidade da prisão preventiva, conseqüentemente, afastada estará a possibilidade de concessão de liberdade provisória, bem como a análise do cabimento das medidas cautelares diversas da prisão.

Ainda no enfrentamento dos fatos, em seus julgados, o STF vem desaconselhando a aplicação das alternativas penais em face da gravidade concreta da ação delituosa, por considerar evidente a sua insuficiência para o acatamento da ordem pública. Nesse contexto, precisa a ponderação de Nucci (2007, p. 547), quando esclarece que:

[...] a garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo trinômio *gravidade da infração + repercussão social + periculosidade do agente*. Assim, a gravidade da infração, a repercussão que esta possa atingir, com a indignação social e a comoção pública, colocando em xeque a própria credibilidade do Judiciário, e a periculosidade do infrator, daquele que por si só é um risco, o que se pode aferir da ficha de antecedentes, ou da frieza com que atua, poderiam, em conjunto ou separadamente, autorizar a segregação cautelar [...].

Ainda no que tange à garantia da ordem pública, leciona Mirabete (2003, p. 409):

[...] O conceito de ordem pública não se limita só a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão. A conveniência da medida, como já decidiu o STF, deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à reação criminosa [...].

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a habitualidade delitiva do agente justifica a restrição excepcional de sua liberdade, logo, inviável a incidência de medidas cautelares diversas da prisão.

Na esteira de decisões deste Pretório, também não é demais acenar que a presença de predicados favoráveis como a primariedade, endereço fixo e a ocupação lícita, embora devam ser devidamente considerados, não são suficientes, por si sós, para obstar a decretação da prisão cautelar, quando idoneamente fundamentada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Por fim, no que pertine ao juízo de verificação dessas medidas cautelares pessoais, quando cabíveis, a jurisprudência do STF orienta que tal escolha deverá ser balizada, principalmente, pelos critérios da necessidade (para a aplicação da lei penal e para a investigação ou a instrução) e adequação, aliados ao postulado da proporcionalidade.

4 CONCLUSÃO

Uma das discussões mais recorrentes que exsurge quando nos reportamos ao tema das medidas constritivas diversas da prisão, refere-se à forma como será exercida a sua fiscalização, considerando-se a nítida dificuldade do poder público em supervisionar o cumprimento de algumas dessas medidas ou, de todas elas, comprometendo sobremaneira a sua eficácia.

Ao contrário do que se pretenda concluir, não é de hoje que o cenário brasileiro nos remete à absoluta precariedade do aparelhamento estatal, quando deveria promover as condições necessárias para que houvesse não somente a implementação desse novo sistema das cautelares, mas que ele também fosse eficaz.

Decerto, a mudança normativa proposta pela Lei nº 12.403/2011, buscou tratar com prioridade o problema da superlotação das penitenciárias do país, buscando alternativas viáveis que pudessem ajudar a reduzir os índices da população carcerária de presos provisórios, minimizando ainda o déficit de vagas dos nossos estabelecimentos penais.

Ocorre que as cautelares distintas da prisão, por serem opções menos prejudiciais ao acusado (visto que não se impõe a segregação prisional de imediato), e o Estado, por carecer de uma estrutura mínima que possa realizar o controle e vigilância dessas medidas, por certo que não são obedecidas.

Para a sociedade, estas constatações traduzem um sentimento de ineficácia do nosso sistema penal, provocam um profundo abalo à imagem do Poder Judiciário brasileiro, e destacam ainda mais a deficiência e o sucateamento da segurança pública do país.

De certa forma, a falta de monitoramento das medidas diversas da prisão não deixa de ser um incentivo à reincidência, na proporção em

que não há respeito algum à autoridade da decisão que impôs aquela medida menos gravosa. O agente, além de não cumprir o que lhe foi antes estabelecido, persiste na prática delituosa.

Eis em que consiste a fragilidade desses institutos. Ainda que possam representar a ilusão de uma resposta jurisdicional rápida ao problema inicial, os resultados obtidos são insatisfatórios. Ao nosso sentir, para aqueles que crucificam o uso exagerado da prisão preventiva, enfatizando que a sua decretação só poderá ser a última opção do magistrado, como vimos em muitos casos, a impressão que se tem é que trata-se, em verdade, da única opção.

Se formos refletir, carece de razoabilidade o argumento segundo o qual não é necessário manter a custódia daqueles que praticam crimes de menor repercussão, devendo ser liberados. Com todo o respeito, essa não nos parece a alternativa mais coerente a ser adotada, e tampouco, soluciona o problema da crise carcerária no Brasil.

Por fim, pontue-se que a intenção do legislador foi boa, mas o mecanismo das cautelares, por enquanto, não se mostra eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em HC nº 37662 MG2013/0146644-0**. Relator: Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgamento: 19/09/2013. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014a.

_____. _____. **Recurso Ordinário em HC nº 44207/DF**. Relator: Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgamento: 23/05/2014. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014b.

_____. _____. **Recurso Ordinário em HC nº 41877/PI**. Relator: Min. Regina Helena Costa. 5ª Turma. Julgamento: 27/02/2014. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014c.

_____. _____. **Recurso Ordinário em HC nº 43.350**. Relator: Min. Marilza Maynard. 6ª Turma. Julgamento: 15/05/2014. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014d.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC nº116880/SP**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 26/11/2013. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014e.

_____. _____. **HC nº 118700/MG**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 07/08/2013. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2014f.

CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Lívia; NICOLETTI, Juliana (Org.). **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 62766120128070000**. Des. Relator Mário Machado. 1ª Câmara Criminal. Julgamento: 12/04/2014. Disponível em: www.tjdft.jus.br. Acesso em: 21 jun. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLITT, André Luiz. **As medidas cautelares elencadas no art. 319, do CPP, introduzido pela Lei nº 12.403/11**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados.../paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

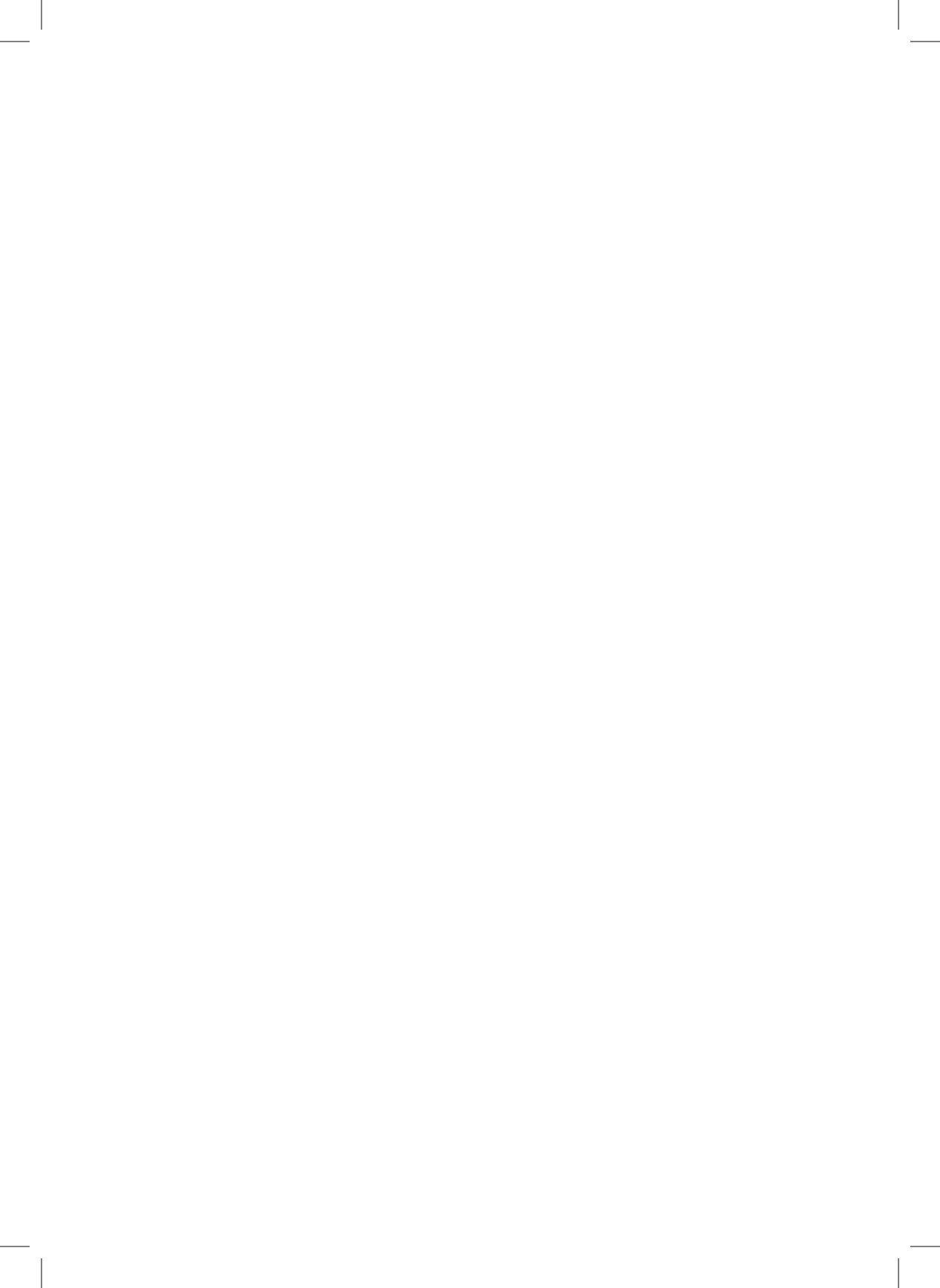
RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70058085952**. Des. Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira. 8ª Câmara Criminal. Julgamento: 19/02/2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 22 jun. 2014.

SOARES, Gustavo Torres. Medidas cautelares pessoais diversas da prisão: comparação entre os sistemas brasileiro, italiano, chileno e estadunidense. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, v. 4, 2013. Disponível

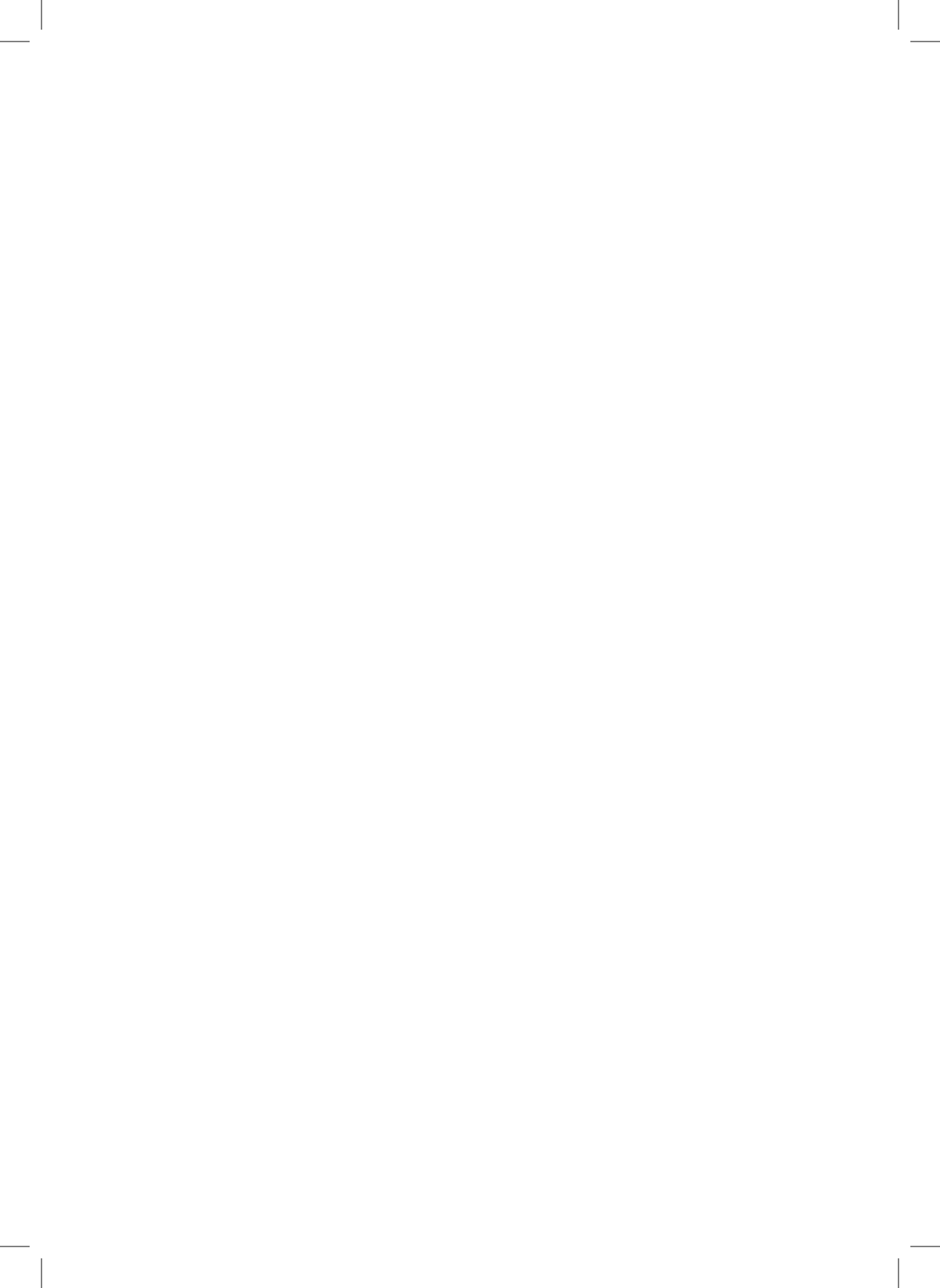
em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/16>. Acesso em: 22 jul. 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rodrigues Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2012.

VEJA.COM. **Por falta de tornozeiras, SP deixa de fiscalizar 5.000 decisões judiciais**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/por-falta-de-tornozeiras-5000-detentos-que-deveriam-ser-monitorados-transitam-livremente>>. Acesso em: 25 jun. 2014.



CONSUMIDOR



APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS INTEREMPRESARIAIS

*Ana Carolina de Oliveira Amaral **
*Hildélis Silva Duarte Junior ***

Resumo: O presente trabalho analisa sob quais hipóteses a doutrina e jurisprudência consideram as pessoas jurídicas como consumidoras, abordando e explicando os conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Além disso, se propõe também a estudar o conceito de destinatário final sob vários aspectos, conceito de vulnerabilidade e as partes de uma relação de consumo. Para tanto serão analisadas as diversas vertentes doutrinárias, com apresentação do entendimento jurisprudencial mais adotado na atualidade. Defende-se neste trabalho que as pessoas jurídicas têm condições de serem consumidoras finais se estiverem presentes alguns requisitos para tal, como a aplicação da teoria finalista aprofundada indicando que a mesma poderá ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor se utilizar o produto ou serviço de maneira final, sem revenda, sem utilização deste para auferir lucro à empresa e caso haja o uso profissional excepcionalmente deverá ser comprovada sua vulnerabilidade perante o fornecedor.

Palavras-chave: Consumidor. Empresário. Cláusulas abusivas. Dependência econômica. Vulnerabilidade.

Abstract: This paper discusses assumptions under which the doctrine and jurisprudence consider corporations as consumers. Addressing and explaining the concepts brought by the Code of Consumer Protection. Furthermore, it also aims to examine the concept of final destination in many ways, the concept of

* Advogada, Graduada em Direito pela Universidade CEUMA.

**Mestrando em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, Professor e Coordenador da Pós- Graduação em Direito do Consumidor da Universidade CEUMA. Leciona também, no Complexo Educacional AEP/CE e ATF/PE Preparatório para Concursos Públicos e Exame de Ordem, as disciplinas de Direito do Consumidor, Direito Civil e Ética Profissional; Conferencista, Advogado com experiência na área Cível, com ênfase em Direito do Consumidor e Vice-Presidente da Comissão de Direito à Saúde da OAB/MA. Pós-Graduado em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor pela Universidade Anhanguera Uniderp/MS. www.duartejr.com

vulnerability and the parts of a consumer relationship, both will be analyzed for the various doctrinal strands, with the presentation adopted jurisprudential understanding more today. It is argued in this paper that the legal people can afford to be consumers end if present some requirements such as the application of theory finalist depth indicating that it may be supervised by the Consumer Defense Code using the product or service end, without resale, without using this to earn profit to the company and if there is exceptionally professional use must be proven vulnerability to the supplier.

Keywords: Consumer. Entrepreneur. Unfair terms. Economic dependence. Vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

Acerca das considerações em relação à teoria contratual, antes no sentido de igualdade formal entre as partes, ou seja, da autonomia da vontade e da força obrigatória do contrato, passou-se a dar grande valor à análise das posições econômico-hierárquicas dos contratantes, fato que levou ao surgimento de uma “nova” teoria contratual, baseada em princípios que, de certa forma, limitam a autonomia da vontade e da liberdade, como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Em verdade, o que se verifica na esteira dessas novas considerações, no campo da teoria contratual, é uma desigualdade real entre os contratantes, até mesmo entre profissionais, o que veio a culminar com a aplicação da teoria do abuso de poder econômico também em âmbito contratual.

Essa evolução propiciou o surgimento de um novo modo de estipulação contratual, capaz de atender à celeridade do mundo negocial, buscando contemplar as necessidades atuais da economia e do mercado, conjugando fatores que antes eram exclusivos de mais de um tipo contratual.

As modificações no mercado de consumo ocorrem de forma muito rápida, e, a cada dia, novas práticas comerciais e cláusulas contratuais são inseridas no mercado de consumo. E diante dessas novas preocupações em âmbito contratual, surgiu a necessidade de abarcar a desigualdade existente entre os contratantes profissionais.

Via de regra, os contratos sucessivos e de adesão são caracterizados por levar uma das partes à dependência empresarial, subordinando-se à parte uma posição de superioridade. Um elemento dessa dependência

e de sua conseqüente subordinação profissional, se dá mediante a imposição de algumas cláusulas pelo contratante economicamente mais forte.

Na existência dessa situação de dependência econômica, o que se deve evitar é que a parte que se encontre em posição de superioridade venha a se utilizar dessa situação para obter vantagens pessoais em detrimento da parte mais fraca e da função social do contrato, assegurando que uma das partes não tenha condições de explorar a fragilidade da outra.

Atento a esse cenário, e com receio de se criar um diploma legislativo que em pouco tempo poderia ficar obsoleto, o legislador fez a opção de conceder um amplo poder à jurisprudência para a fixação do alcance das normas do CDC ao longo do tempo.

Assim, o que deveria ser suficiente aos institutos do atual Código Civil, passou-se a adotar o CDC, em alguns casos excepcionais, tendo como enfoque especial as situações de equiparação de empresários a consumidores e a correção dos desequilíbrios existentes nos contratos entre profissionais, na qual são utilizados conceitos jurídicos cuja completa determinação caberá ao Juiz.

Em outras palavras, o legislador, ciente da velocidade na qual ocorrem as mudanças sociais, transfere ao Juiz, limitado pela própria lei, analogia, costumes e os princípios gerais do direito no qual ela está inserida, a tarefa de delimitar precisamente o âmbito de aplicação da lei.

2 DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR

O preceito consumerista brasileiro possui embasamento constitucional. A Constituição Federal de 1988 garante a plena defesa do consumidor no seu art. 5º, inciso XXXII, estabelecendo, também, a defesa do consumidor como princípio geral da atividade econômica no seu art. 170, V.

Contudo, a Constituição Federal não define quem seria esse sujeito de direitos. No direito comparado, há dois tipos de conceito jurídico de consumidor, um subjetivo e outro objetivo.

Para o conceito jurídico objetivo, aponta Bourgoignie (2010, p. 47): “o consumidor, em sentido jurídico, é a pessoa que realiza um ato de consumo, este último definido como o ato jurídico que permite deter um bem ou um serviço, com o objetivo de satisfazer uma necessidade pessoal ou familiar”.

Com muita concisão, aponta, ainda, que “o consumidor é uma pessoa física ou moral que adquire, possui ou utiliza bem ou serviço colocado no centro do sistema econômico por um profissional, sem perseguir ela própria a fabricação, a transformação, a distribuição ou a prestação no âmbito de um comércio ou de uma profissão”. (BOURGOIGNIE, 2010, p. 47).

Assim, o conceito jurídico objetivo ressalta que o ato de consumo é praticado quando houver a retirada do bem ou serviço adquirido pelo agente econômico do mercado, sendo irrelevante quem adquire o produto ou utiliza o serviço.

O conceito jurídico subjetivo evidencia as pessoas físicas, ressaltando a qualidade de não profissional do consumidor em relação ao fornecedor, apontando as vulnerabilidades e necessidades no ciclo econômico, em que se designa como consumidor somente aquele que efetivamente faz cessar toda a atividade de produção, transformação ou distribuição.

Portanto, para o conceito jurídico subjetivo, a linha de divisão entre empresas tuteladas pela esfera consumerista e as que não merecem tal prerrogativa, acaba sendo uma objeção.

No âmbito de proteção às normas consumeristas, em relação às pessoas jurídicas, o legislador brasileiro adotou um conceito misto em que o consumidor não é definido como um não profissional que se relaciona com um profissional para suprir necessidades familiares, mas sim aquele que adquire ou utiliza um bem como destinatário final, conforme disposto no conceito de consumidor *stricto sensu*, previsto no artigo 2º, *caput*, do CDC.

Como o Código de Defesa do Consumidor não define o conceito de “destinatário final”, surgiram diversas teorias para tentar auferir a melhor interpretação a tal expressão, as quais serão analisadas a seguir.

2.1 Teoria Finalista Clássica

Os adeptos da corrente finalista clássica asseguraram que o consumidor seria somente aquele que efetivamente retira o bem ou serviço do mercado para fins pessoais. De tal modo, ainda que pessoa jurídica fosse o destinatário final, ou seja, o destinatário fático e econômico do bem, aquele que retira o produto do mercado e dá a ele uma destinação final de uso, isto é, o consome na cadeia produtiva.

A Teoria Finalista Clássica é uma noção subjetiva de consumidor, visto que, nesta teoria, o sujeito da relação é fundamental, uma vez que

o produto ou serviço é consumido para uso próprio e não é destinado a qualquer outra assistência posterior, retirando do conceito de consumidor a relação existente entre dois profissionais.

Portanto, tal teoria, ao excluir contratos entre dois profissionais - em que não aceita a aplicação do CDC ao consumo intermediário, ou seja, quando uma pessoa física ou jurídica adquire o bem para uso profissional ou revenda - afirma, pois, nessa presunção, que o bem serviria como um instrumento de produção, cujo preço consistia inserido no preço final oferecido.

Um aspecto plausível é a da doutrinadora Marques (2010, p. 85, grifo nosso) quanto à aplicação mais restrita nas normas do CDC:

Parece-me que, restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois **a jurisprudência será construída em casos em que o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo**, e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o direito comercial já lhes concede.

De acordo com Marques (2010), o destinatário final é o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, conseqüentemente, não basta ser destinatário fático do produto ou retirá-lo da cadeia de produção, é necessário não adquiri-lo para uso profissional. Deste modo, para ela, o Código Civil é auto-suficiente para atribuir um tratamento justo e equitativo às relações interempresariais. Contudo, o jurista, de modo extraordinário, abriga a aplicação do CDC a relações entre empresários sempre que um deles puder equiparar-se a consumidor.

Assim sendo, segundo esta interpretação, não basta ser destinatário fático do produto, é necessário ser destinatário final econômico do bem, ou seja, retirá-lo da cadeia de produção, não o adquirindo para revenda ou para uso profissional, já que o bem seria outra vez um instrumento de produção, cujo preço seria abarcado no preço final do profissional que o contraiu. Assim sendo, não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço, haveria consumo intermediário, ainda dentro das cadeias de produção e de distribuição.

Desse modo, percebe-se que a Teoria Finalista Clássica não foi suficiente para apaziguar a doutrina, assim como a jurisprudência pátria o que fez com que novos argumentos e novos casos fossem discutidos no judiciário brasileiro.

2.2 Teoria Maximalista

A Teoria Maximalista, assim como a Teoria Finalista Clássica, surgiu com o intuito de delimitar o campo de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e por consequência, para definir quem pode ser considerado consumidor, e a abrangência era a mais extensa possível.

A corrente maximalista é considerada uma noção objetiva de consumidor, visto que, para eles, o CDC consistia em um regulamento do mercado de consumo, e não em normas restritas à proteção dos consumidores não profissionais, uma vez que o que interessava era o objeto da relação, sendo o destinatário final apenas o destinatário fático, ou seja, aquele que retirou o produto da cadeia de fornecimento.

Para os defensores desta corrente, a destinação dada ao produto é irrelevante, isto é, incide em um posicionamento mais abrangente, aceitando, inclusive, a relação de consumo entre dois profissionais, não importando se é pessoa física ou jurídica que retira o bem ou serviço do mercado, tem a finalidade de lucro.

Isto posto, o simples fato de a pessoa jurídica utilizar ou adquirir um produto ou serviço na condição de destinatário final, já é o suficiente para que tenha a seu favor a proteção legal.

Corroborando com esse entendimento, Marques (2010, p. 88, grifo nosso) externa sua opinião da seguinte forma:

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurí-

dica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

Assegura Carpena (2005, p. 31) que, para a teoria maximalista, o consumidor “é quem adquire o produto ou serviço e o ciclo econômico se esgota com ele, para que seja considerado consumidor basta que o bem não seja renegociado e reintroduzido no mercado”.

Sendo esse também o entendimento de Fiuza (2013, p. 60), ao concluir em sua obra que: “o pensamento dos os maximalistas que defendem uma aplicação do CDC a um número cada vez maior de relações jurídicas, sendo o CDC o novo regramento do mercado de consumo”.

Já Miragem (2012, p. 51) aponta: “a corrente maximalista é uma interpretação de conceito extensivamente, tanto na expressão destinatário final quanto aos consumidores equiparados”.

Portanto, para os maximalistas estariam protegidos pelo CDC todos que obtivessem algum ato de consumo, transformando o código em um direito privado geral.

Diferentemente assinala Morato (2013, p. 72):

A crítica à Teoria Maximalista não deveria estar relacionada à pessoa jurídica enquanto consumidora, uma vez que o próprio art. 2º menciona expressamente que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que utiliza produto ou serviço como destinatário final. Nada impede, portanto, que uma grande corporação utilize em seu favor o CDC quando destinatária final de produto ou serviço.

Assim, deve-se levar em conta que a crítica à teoria ganha evidência somente em referência ao conceito de destinatário final na qualidade de mero destinatário fático, independentemente da comprovação de vulnerabilidade no caso concreto.

Nunes (2013, p. 65), afirma:

[...] pessoa jurídica não come, não bebe, não dorme, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste a aula, não vai a shows, não aluga filmes, não vê pu-

blicidade etc. Logo, para ser consumidora, como o próprio art. 2º do CDC preconiza, é inevitável que sejam considerados os bens e serviços tecnicamente possíveis de serem adquiridos por uma pessoa jurídica e que lhe sirvam como bens de produção e, simultaneamente, bens de consumo.

A Teoria Finalista Clássica entendia que a pessoa jurídica somente seria consumidora quando adquirisse produto ou utilizasse serviço que não fosse considerado insumo para a sua atividade empresarial, já que uma pessoa jurídica teoricamente nunca seria considerada consumidora.

2.3 Teoria Finalista Aprofundada

Após a implantação do Código Civil de 2002, notou-se que a aplicação das Teorias Finalista Clássica e Maximalista poderia acarretar danos aos objetivos almejados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com a evolução da doutrina e jurisprudência, culminou a Teoria Finalista Aprofundada, passando-se o exame da vulnerabilidade em concreto, sem buscar diretamente se houve destinação fática ou econômica do produto ou serviço adquirido.

Cavaliere Filho (2010, p. 66) assevera que:

Por último, evoluiu a jurisprudência do STJ para a corrente finalista mitigada ou atenuada ao admitir a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica no caso concreto.

Finda o referido autor que ultimamente este é o entendimento que impera a respeito do consumidor e que, conseqüentemente, é o mais correto, por se coadunar com o objetivo geral do CDC, uma vez admitindo-se a aplicação do CDC, inclusive, à pessoa jurídica, que, portanto, exerce uma atividade profissional com intuito de lucro, desde que comprovada, no caso concreto, sua vulnerabilidade.

Segundo Marques (2010, p. 77, grifo nosso), a vulnerabilidade pode ser definida como:

[...] **uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.** Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Desta feita, afirma que enquanto a maioria maximalista e objetiva restringiu-se, de outro, os finalistas aumentaram seu subjetivismo, a interpretação finalista aprofundada é mais madura, mas relativizaram o finalismo, tratando casos difíceis de forma diferenciada.

Miragem (2012, p. 56, grifo nosso) destaca três estágios na delimitação do âmbito de incidência do CDC e sua delimitação:

O primeiro estágio assinala uma vocação expansiva do CDC como lei de regulação geral de mercado, identificando o destinatário final como destinatário fático do produto ou serviço, incluído neste, o consumidor empresário; o segundo estágio tem uma representação restritiva do conceito de consumidor e da expressão destinatário final, privilegiando a teoria finalista; e recentemente, um terceiro estágio no qual se destaca o critério da vulnerabilidade para identificação do consumidor independente se destinatário final ou consumidor equiparado, o finalismo aprofundado.

Além disso, para o supracitado autor, o critério da vulnerabilidade serve tanto para aplicar a norma, quanto para afastar:

O reconhecimento ou não da vulnerabilidade passa a servir, então tanto para as situações excepcionais, em que a **pessoa jurídica empresária, embora não sendo destinatária final fática e econômica, é classificada como consumidora**, quanto para excluir, em circunstâncias excepcionais, a **aplicação das normas de proteção ao consumidor quando presentes condições particulares do adquirente ou usuário, que o coloquem em situação de supe-**

rioridade em relação ao vendedor ou prestador de serviços. O Princípio da vulnerabilidade, nesta linha de entendimento, firma-se como critério principal para determinação do conceito de consumidor e, em consequência, da aplicação das normas do CDC. (MIRAGEM, 2012, p. 57, grifo nosso).

Essa ressalva parece ser o raciocínio mais adequado, de modo que o CDC possa desviar-se da norma geral, visto que acarretaria o não cumprimento dos objetivos de sua criação, e ao mesmo tempo iria auferir proteção aos empresários que estejam sujeitos a uma situação de abuso de dependência econômica.

2.4 Caracterização da vulnerabilidade

Há uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais dos produtos e serviços. De acordo com Nunes (2013, p. 129), o consumidor é vulnerável. Isso significa “que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo, ou seja, o CDC é uma norma de defesa do consumidor, considerando-se que o consumidor é protegido porque é a parte frágil da relação. Há defesa do consumidor porque ele carece da proteção estabelecida pelo Código”.

Nesse sentido, o supracitado autor (2013, p. 610) considera: “o consumidor é vulnerável na medida em que não só não tem acesso ao sistema produtivo como não tem condições de conhecer seu funcionamento (não tem informações técnicas), nem de ter informações sobre o resultado, que são os produtos e serviços oferecidos”.

Consoante Marques (2010, p. 87), vulnerabilidade significa “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”.

Em outras palavras, vulnerabilidade é a situação na qual um dos sujeitos de determinada relação figura em uma esfera mais frágil, e, em virtude disso, necessita de cuidados especiais. A vulnerabilidade exclui a premissa de igualdade entre as partes envolvidas, pois, se uma das esferas é vulnerável, as partes são desiguais, e justamente por força da desigualdade é que o vulnerável é protegido.

A proteção do vulnerável significa concretizar o princípio constitucional da igualdade ou isonomia, pelo qual serão tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A vulnerabilidade, porém, se reveste de variadas facetas: a técnica, a científica (incluindo a jurídica) e a fática (ou socioeconômica). Não é, pois, um conceito de único sentido. Marques (2010) elenca quatro espécies, apontando a existência de mais um tipo, a informacional.

A vulnerabilidade informacional, para muitos autores, já estaria englobada no conceito de vulnerabilidade técnica, uma vez que não deixa de ser uma falta de conhecimento específico sobre um produto ou serviço.

Marques (2010, p. 90, grifo nosso), porém, entende que a vulnerabilidade informacional é:

Básica do consumidor, intrínseca e característica deste papel na sociedade, isto é, **o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional**. Assim, o que fragiliza o consumidor não é a falta de informação, mas o fato de que ela é abundante, manipulada, controlada e, quando fornecida, nos mais das vezes, desnecessária.

Para a autora, esta é a modalidade que mais justifica a proteção do consumidor. Ela entende que a vulnerabilidade informativa representa o maior fator de desequilíbrio nas relações de consumo, pois segundo ela, a informação inadequada sobre produtos e serviços é potencial geradora de incontáveis danos.

A vulnerabilidade técnica é aquela em que o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou serviço e quanto à sua utilidade.

Essa vulnerabilidade será presumida para o consumidor não profissional, podendo atingir excepcionalmente o profissional destinatário final fático do bem, mediante prova. A desproporção entre os conhecimentos técnicos do consumidor em relação ao fornecedor também é evidente, pois o fornecedor tem uma grande habilidade na área em que atua, sendo o consumidor, em tese, leigo.

Já a vulnerabilidade científica consiste no fato de que uma das partes tem deficiência em conhecimentos jurídicos específicos, assim

como em conhecimentos de contabilidade ou de economia, devendo ser presumida para o consumidor não profissional e para o consumidor pessoa física. Quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas, vale a presunção de que eles têm conhecimentos mínimos sobre economia, haja vista a profissão exigir, e além de plenas condições de consultar um advogado, por exemplo.

Por fim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é aquela em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, na qual se vislumbra o grande poderio econômico do fornecedor, em virtude do qual ele pode exercer superioridade, prejudicando o contratante vulnerável.

Vale ressaltar, conforme ensina Braga Netto (2011, p. 48): “a hipossuficiência diz respeito ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material”. Realmente, há uma relação direta entre a hipossuficiência e o direito processual, em que a hipossuficiência é uma noção processual da vulnerabilidade fática.

2.5 Consumidor por equiparação

Três conceitos básicos de consumidor equiparado são apresentados no CDC, quais sejam: aquele previsto no parágrafo único do artigo 2º, o conceito estabelecido nos artigos 17 e 29.

O artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor prescreve o consumidor em “qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, seu parágrafo único ainda cita os consumidores equiparados que são “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Tal norma tem caráter geral, tendo por objetivo estender as normas à coletividade de pessoas prejudicadas que tenham, de alguma forma, participado da relação de consumo, ou seja, as normas previstas no CDC estende-se não apenas ao consumidor *stricto sensu*.

Dessa forma, o conceito jurídico de consumidor do CDC não abrange apenas quem praticou o ato de consumo, mas todos aqueles que tenham intervindo na relação de consumo.

Embora o artigo 17 caracterize como consumidoras as vítimas do acidente de consumo, este acaba se completando com o parágrafo único do artigo 2º. Todavia, o artigo 17 termina sendo mais específico, uma vez que se aplica somente aos casos de responsabilidade pelo fato do produto

ou serviço, atribuindo ainda proteção ao terceiro, mesmo que não tenha efetivamente adquirido o bem, mas que acabe se prejudicando.

Parte da doutrina entende que o consumidor por equiparação é aquele que estiver exposto às práticas comerciais abusivas ou contrárias às políticas de consumo, tais como publicidade, oferta, cláusulas gerais. Os que divergem, porém, creem que assemelham-se aos consumidores apenas aquelas pessoas expostas às práticas comerciais abusivas. Entretanto, muitos empresários estão sujeitos às práticas comerciais abusivas presumidas no CDC.

Quanto à definição do consumidor equiparado, os autores maximalistas atribuem maior extensão, ao afirmar que a aplicação de consumidor equiparado independe de quaisquer considerações subjetivas.

A autora, ao se referir ao citado artigo 29, usa a exemplo as cláusulas abusivas e disciplina os contratos de adesão, visto que nos contratos de adesão o aderente sempre é consumidor, por equiparação legal, independentemente de ser destinatário final.

Outros, entretanto, entendem que o artigo 29 não pode ter tão extenso o alcance, pois, para tais autores, o mencionado artigo não prescinde, em absoluto, da prova da vulnerabilidade a justificar a tutela especial. Sendo este o entendimento dos autores finalistas, como bem assevera Marques (2010, p. 77):

Sempre há o perigo de considerarmos a todos e em todas as situações como consumidores (dois iguais civis, dois iguais comerciantes entre eles), como queria a teoria maximalista. De outro lado, há perigo também quando menosprezamos as equiparações legais que o CDC expressamente impôs e deixamos sujeitos de direitos em situações análogas de vulnerabilidade, sem a proteção especial. Daí a importância do finalismo aprofundado [...].

Desta feita, o artigo 29 do CDC não tem por objetivo simplesmente apresentar uma definição a mais de consumidor, por tratar-se de uma norma extensiva mais importante da esfera consumerista. Assim, acaba sendo uma política legislativa, em que o aplicador da lei tem a tarefa de harmonizar os interesses presentes no mercado, reprimindo os abusos de poder econômico.

3 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, durante muito tempo, adotou, na solução de conflitos, a Teoria Finalista Clássica, para a definição de consumidor. Entre os anos de 1990 e 2004, passou-se a notar, dentro do próprio STJ, decisões aparentemente contraditórias, que ora argumentavam com base na Teoria Finalista Clássica, ora adotavam muito mais facilmente a aplicação do CDC a contratos firmados entre profissionais.

Durante o período supracitado, os contratos firmados entre profissionais, mais precisamente aqueles relacionados ao setor bancário e ao de transporte, obtiveram a aplicação do CDC, conforme segue:

CONTRATO DE MÚTUO COM EMISSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL, GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MICROEMPRESA. 1. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de mútuo, típicos contratos de adesão, no caso, com emissão de cédula de crédito comercial e garantido por alienação fiduciária. 2. **Tratando-se de contrato de adesão, sendo a ré microempresa, pertinente é a aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor**, superando-se a cláusula de eleição de foro, com vistas à facilitação da defesa. 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ; RESP nº. 468.148/SP; 3ª Turma; Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Julgado em 02.09.2003). (Grifo nosso).

CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIADE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – **O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua ativi-**

dade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. (...) Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (STJ; RESP nº. 445854/MS; 3ª Turma; Relator: Min. Castro Filho; Julgado em 02.12.2003). (Grifo nosso).

Com o passar dos anos, o STJ notou a necessidade de haver uma consolidação e unificação no entendimento sobre a aplicação do CDC aos contratos firmados entre profissionais. Tal movimento começou em 2004, quando ainda era possível notar decisões com divergências de opiniões entre os ministros do referido tribunal, conforme se observa no RESP nº. 541867/BA, da 2ª Seção, cujo Relator foi o Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado em 10 de novembro de 2004.

De 2004 em diante, o STJ reconheceu a necessidade de se abrandar a Teoria Finalista Clássica, diante das necessidades fáticas, para atender situações em que a vulnerabilidade se encontrava demonstrada no caso concreto, ainda que nas relações formadas entre fornecedores e consumidores-empresários, sem contudo, banalizar a aplicação do CDC.

Em razão dessa constatação, a jurisprudência do STJ se firmou no sentido de aceitar, excepcionalmente, a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto, em linha com o que expõe a Teoria Finalista Aprofundada.

No entendimento do STJ, contudo, a incidência do CDC deve ser afastada se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora, do contrato celebrado entre as partes ou de outra circunstância capaz de afastar, em tese, a vulnerabilidade econômica, jurídica ou técnica.

O STJ, portanto, começou a estender a aplicação do CDC a alguns consumidores intermediários, bem como a sociedades empresárias, desde que demonstrada, no caso concreto, a fragilidade técnica, jurídica ou econômica em face do outro polo da obrigação, não sendo suficiente, por exemplo, uma empresa alegar a tutela desse código simplesmente por ser menor, em termos econômicos, do que a outra parte.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência brasileira, em consonância com a evolução da teoria contratual, vem aceitando cada vez mais frequentemente a aplicação do CDC aos contratos entre profissionais, desde que caracterizada a vulnerabilidade de uma das partes no caso concreto, já tendo estabelecido, inclusive, alguns critérios de balizamento para se saber quando deve haver, a título de exceção, a incidência desse diploma legal às relações jurídicas que não sejam de consumo *stricto sensu*.

A Teoria Finalista Aprofundada trouxe uma nova visão ao finalismo puro, reconhecendo a pessoa jurídica como consumidora, se houver, no caso concreto, a presença da vulnerabilidade.

Carpena (2004, p. 35) destaca que “o princípio da vulnerabilidade é o que ilumina o conceito de consumidor e assim define o âmbito de aplicação das normas do código”. Nas palavras da referida autora, a vulnerabilidade é o cerne do conceito de consumidor.

O STJ vem adotando o critério finalista subjetivo, ou seja, quando se trata de pessoa jurídica que comprove sua vulnerabilidade e atue fora do âmbito de sua especialidade, conforme expresso no artigo 29 do CDC.

A Teoria Finalista Aprofundada ganhou espaço nos julgados mais recentes do STJ, conforme o REsp 660.026/RJ e REsp 476.428/SC e no julgamento do REsp RMS – 27.512/BA.

O STJ em suas últimas decisões tem se encaminhado exatamente nesse sentido, ou seja, mais do que analisar se existe na relação de consumo uma pessoa física ou jurídica, é necessário analisar a vulnerabilidade de uma das partes em função da outra. É claro que tal fato só poderá ser analisado no caso concreto.

Apontando em sentido contrário, Fiuza (2013, p. 440) entende que “o princípio da vulnerabilidade não deve ser usado para restringir a aplicação do código”.

Com o direcionamento das decisões da noção de vulnerabilidade de uma das esferas da relação de consumo, faz-se indispensável uma apreciação especial de tal princípio, uma vez que ele é basilar para a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o que caracteriza a relação de consumo é a vulnerabilidade presente em um dos polos. O finalismo pode ser abrandado, caso se detecte a vulnerabilidade em uma das partes, mesmo tratando-se de consumidor como pessoa jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço sem ser destinatário final fático e econômico.

Embora a vulnerabilidade seja absoluta (todo consumidor é vulnerável, segundo presunção legal), é possível analisar a existência ou não de vulnerabilidade para fins de determinar a aplicação do CDC. Ou seja, ausente a vulnerabilidade, pode ser que esteja diante de uma relação empresarial, e não diante de uma relação de consumo. É a análise da vulnerabilidade que permite superar a distinção entre as teorias, protegendo os mais fracos naquelas relações desprovidas de paridade, buscando estabelecer o equilíbrio material entre as prestações.

Como se viu, o finalismo é a regra, podendo ser abrandado, caso se verifique que o consumidor, embora não seja destinatário final do ponto de vista fático e econômico, seja vulnerável.

Segundo Marques (2010), a vulnerabilidade se reveste de variadas facetas, elencando quatro espécies, quais sejam: a vulnerabilidade informacional, a vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade jurídica e, por fim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica.

Esses quatro tipos de vulnerabilidade, já analisados anteriormente, reside na compreensão do finalismo aprofundado, que, por sua vez, possibilita a aplicação das normas de proteção do consumidor, podendo o consumidor se encaixar em apenas uma das modalidades.

Vale ressaltar que todo consumidor é vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente. Isso porque este último instituto vai além do sentido literal das expressões “pobre” ou “sem recursos”, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual.

O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento, sendo auferida casuisticamente. Já a vulnerabilidade pode ser presumida no caso de pessoa física, podendo ser, também, percebida no caso concreto, no caso de pessoa jurídica.

Conforme ensina Braga Netto (2011, p. 201), “a hipossuficiência diz respeito [...] ao direito processual, ao passo que a vulnerabilidade diz respeito ao direito material”.

Pessoa física que adquire ou utiliza produto ou serviço é presumidamente destinatária final, portanto, consumidora, e assim, vulnerável. A consequência é a aplicabilidade do CDC, na forma já prevista. A lógica é a mesma para as pessoas jurídicas, desde que reiterem-se vulneráveis (finalismo aprofundado). Respeitados os requisitos legais, todos os dispositivos do CDC são aplicáveis aos consumidores.

Tanto vulnerabilidade quanto hipossuficiência são atributos fáticos dos quais algumas pessoas são dotadas. A grande consequência da vulnerabilidade, na seara consumerista, é a qualificação da pessoa como consumidora, na forma do artigo 2º do CDC, e a aplicabilidade do CDC.

Dessa forma, a presunção de vulnerabilidade, a priori, valeria apenas ao consumidor pessoa física. Por outro lado, ao consumidor pessoa jurídica restaria o *ônus probandi*, mas sem poder excluí-lo de seu direito fundamental à proteção consumerista pelo simples fato de ser pessoa jurídica.

Como dito, é fácil perceber que para a pessoa física existe uma presunção de vulnerabilidade, ao passo que, para a pessoa jurídica, a mesma deverá ser provada no caso concreto.

Com esse entendimento, talvez não se evite a discussão, uma vez que o conceito de consumidor seria dado caso a caso, em função da situação fática concreta. Todavia, torna-se mais coerente, já que a definição de um conceito é de extrema dificuldade, haja vista as decisões do STJ apresentadas.

Conforme visto, surgiram várias teorias para explicar o conceito de consumidor: a maximalista, a finalista e a finalista aprofundada ou mitigada.

O STJ já oscilou entre todos os posicionamentos doutrinários nos últimos anos, mas ultimamente tem prevalecido o entendimento de que as sociedades empresariais, para serem consideradas consumidoras, devem demonstrar a vulnerabilidade no caso concreto.

Diante dessas afirmações, pode-se concluir que a pessoa jurídica empresarial não tem a presunção de vulnerabilidade, como a pessoa física, o que faz com que a aplicação das regras do CDC se dê caso a caso, procurando-se uma decisão mais razoável que atenda ao princípio da vulnerabilidade, vetor máximo do diploma legal do consumo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo aqui realizado, objetivou-se demonstrar que a aplicabilidade das normas de proteção do CDC, nas relações contratuais celebradas entre empresários, se norteia a tutelar a desigualdade substancial existente, quando uma das partes, ainda que profissional, encontra-se

em situação de dependência econômica, favorecendo o abuso da parte contrária.

O cerne deste trabalho buscou atingir o resultado mais justo, restabelecendo o equilíbrio do contrato, em meio às cláusulas abusivas nas hipóteses em que não for possível repreendê-las por meio do Código Civil, devendo-se tentar buscar alternativas viáveis.

Diversos princípios e institutos foram introduzidos pelo Código Civil, tendo por objetivo corrigir os desequilíbrios nos contratos celebrados entre iguais. Entretanto, demonstrou-se que o conceito de consumidor-equiparado continua tendo importância para a aplicação do regramento das cláusulas abusivas nas relações entre profissionais, previsto no CDC.

Embora o Código Civil tenha tratado, no seu artigo 424, das cláusulas abusivas, tal tratamento é muito restrito, não abrangendo todas as hipóteses de abusividade de uma cláusula, tampouco abrangendo toda e qualquer relação jurídica mantida entre profissionais.

Desta forma, em uma análise de todo o sistema do CDC em relação a outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que a repressão aos abusos cometidos pelo contratante, em oposição privilegiada pelo direito concorrencial, não seria tão efetiva e célere como a repressão pelo CDC, a depender do caso concreto.

O objetivo de tal norma nas relações de consumo *stricto sensu* ou nas hipóteses em que for possível a equiparação do empresário ao consumidor é uma razão de existir para um regramento específico como o Código do Consumidor, que é a defesa e proteção do consumidor vulnerável, qualquer que seja o tipo de vulnerabilidade, especialmente a nulidade de pleno direito de todas as cláusulas abusivas, frente ao próprio código de consumo ou assim identificadas pelo aplicador do direito.

Percebe-se, contudo, que a aplicação do CDC aos contratos interempresariais deve se dar apenas a título de exceção e não pode ter por objetivo eliminar o risco da atividade empresarial, visto que a presunção de vulnerabilidade, *a priori*, valeria apenas ao consumidor pessoa física. Por outro lado, ao consumidor pessoa jurídica restaria o *onus probandi*, mas sem poder excluí-lo de seu direito fundamental à proteção consumérista pelo simples fato de ser pessoa jurídica.

Especialmente por tal razão, é fácil perceber que para a pessoa física existe uma presunção de vulnerabilidade, ao passo que, para a pessoa

jurídica, a mesma deverá ser provada no caso concreto, como propõe a Teoria Finalista Aprofundada.

Diante dessas afirmações, pode-se concluir que a pessoa jurídica empresarial não tem a presunção de vulnerabilidade, como a pessoa física, o que faz com que a aplicação das regras do CDC se dê caso a caso, procurando-se uma decisão mais razoável que atenda ao princípio da vulnerabilidade, vetor máximo do diploma legal do consumo.

O Superior Tribunal de Justiça já oscilou entre as correntes Finalista Clássica, Maximalista e a Finalista Aprofundada apontadas pela doutrina, mas atualmente tem dominado o entendimento de que a pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, deve demonstrar a vulnerabilidade no caso concreto adotando então a teoria finalista aprofundada.

Concluindo, esse parece ser o entendimento mais correto, para se atingir a solução mais justa no caso concreto, conferindo proteção aos profissionais sujeitos a abusos, sem, contudo, banalizar a aplicação do CDC.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Thiago Caversan, **Apontamentos sobre a definição legal de consumidor e a jurisprudência contemporânea**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24358/apontamentos-sobre-a-definicao-legal-de-consumidor-e-a-jurisprudencia-contemporanea>>. Acesso em: 28 mar. 2014.

ARAÚJO, João Luiz Pereira, **De comerciante a empresário: a evolução do sujeito de direitos na seara empresarial brasileira**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12640> Acesso em: 8 mar. 2014.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. **Revista do Consumidor**, São Paulo, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 468.148/SP.** Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 02.09.2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=109625>. Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº. 445854/MS,** Relator: Min. Castro Filho, Data de Julgamento: 02.12.2003 - TERCEIRA TURMA, Data de Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/445854/recurso-especial-resp-586316>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº. 476.428/SC,** Relatora: Fátima Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 19.04.2012, T2 - TERCEIRA TURMA, Data de Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/445854/recurso-especial-resp-428>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

_____. _____. **Recurso Especial nº. 27.512/BA,** Relatora: Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 23.09.2011 - TERCEIRA TURMA, Data de Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/512/recurso-especial-resp-27.5>>. Acesso em: 4 mar. 2014.

CARPENA, Heloisa. Afinal quem é o consumidor? Campo de aplicação do CDC à luz do princípio da vulnerabilidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, 2004.

_____. **O consumidor no direito da concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** São Paulo: Atlas. 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIUZA, César. **Novo direito civil: curso completo**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GOMES FILHO, Luiz Roldão de Freitas. A sociedade empresária como fornecedora e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. **Temas de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal (STJ - REsp 476.428 - SC; Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi; j. 19.04.05, DJU 09.05.05). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 62, p. 259-267, abr./jun. 2007.

MORATO, Antonio Carlos. **Pessoa jurídica consumidora**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

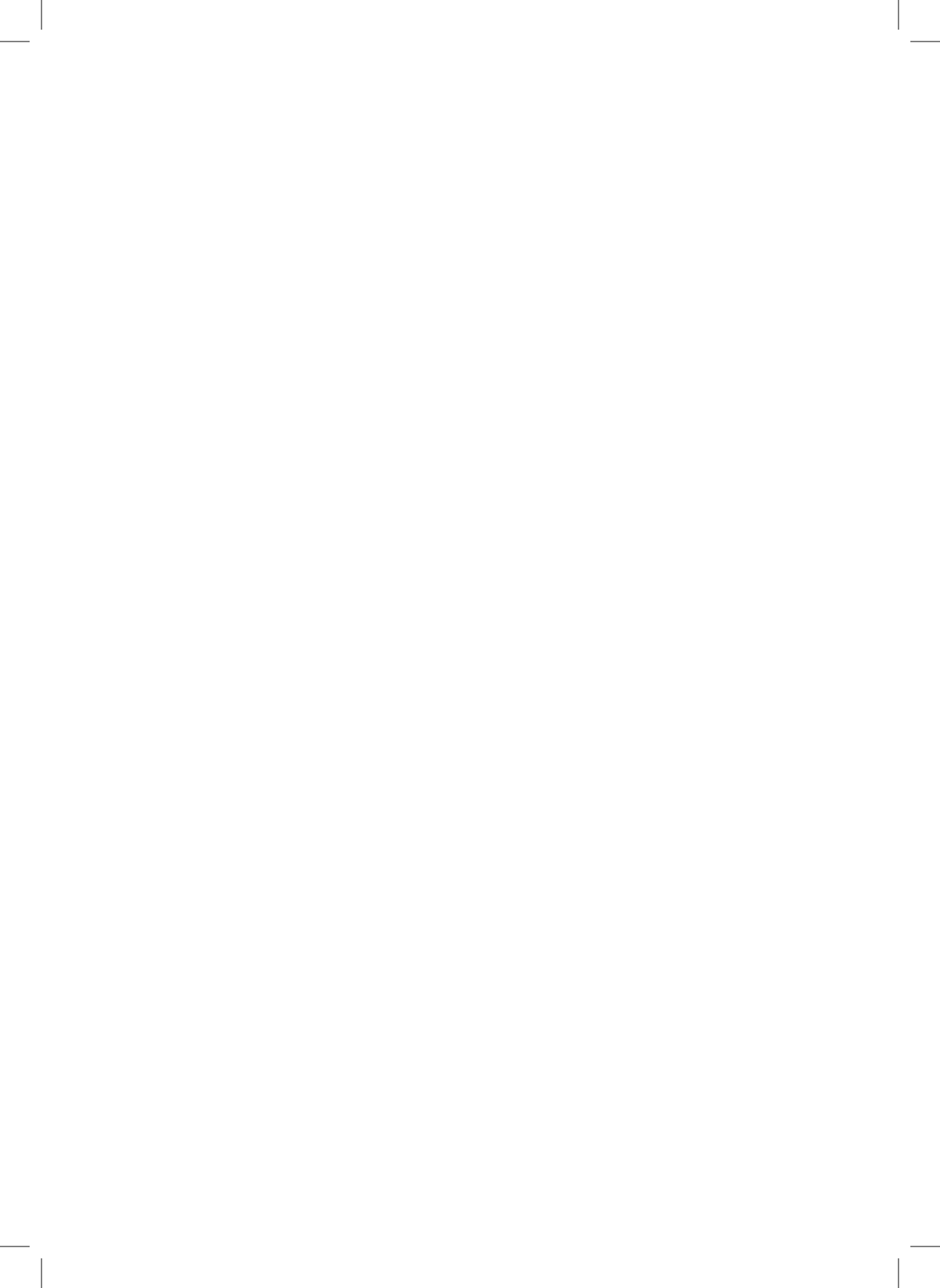
NORAT, Markus Samuel Leite, **O conceito de consumidor no direito: uma comparação entre as teorias finalista, maximalista e mista**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9473&revista_caderno=10>. Acesso em: 6 fev. 2014.

NOVAIS, Aline Arquette Leite. **A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2012.

SÉ, Diogo Rodrigues Manas. **Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova:** notas para uma diferenciação. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,vulnerabilidade-hipossuficiencia-conceito-de-consumidor-e--inversao-do-onus-da-prova-notas-para-uma-diferenciacao,43983.html>>. Acesso em: 18 abr. 2014.



**DISCURSOS
INSTITUCIONAIS**



DISCURSO PROFERIDO NA SOLENIDADE DE RECONDUÇÃO AO CARGO DE PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA*

Senhoras e Senhores,

Não vejo outra forma de iniciar esta fala, senão agradecendo.

Primeiramente, a Deus, por ter me permitido realizar, nestes dois anos, uma gestão marcada pelo trabalho, pela transparência, pelo fortalecimento institucional, pelo respeito e valorização do ser humano, e, em função disso, me tornar um instrumento de união na relação entre membros e servidores do Ministério Público do Estado do Maranhão.

Igualmente, destaco o quão fundamental foi e está sendo a minha equipe, assim como todo o corpo da Administração Superior do Ministério Público, para a minha gestão, pois sem o empenho e dedicação destes e dos demais que me acompanham e auxiliam, de membros a servidores, nada do que planejei seria possível.

Outrossim, ressalto a importância do papel da AMPEM no fortalecimento do Ministério Público maranhense, mormente pelas propostas e reivindicações trazidas em nome da classe – ambas, fruto de um debate construtivo –, algumas das quais pude recepcionar e transformar em conquistas institucionais.

Rendo o meu tributo, ainda, ao Colégio de Procuradores de Justiça, pelo apoio e chancela nos projetos por mim encaminhados, de acordo com a Lei, todos voltados à concretização do planejamento estratégico – administrativo e jurídico – traçado para o Ministério Público do Estado do Maranhão.

Por derradeiro, agradeço ao Conselho Superior do Ministério Público, com quem partilhei, no biênio que se finda, o desafio de enfrentar, de forma firme e imparcial, as inúmeras atribuições que lhe são conferidas para o aprimoramento institucional.

* Pronunciado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão, Dr^a. Regina Lúcia de Almeida Rocha (Biênio 2014-2016), em 11/06/2014.

Com esses agradecimentos iniciais, passo a me reportar, agora, ao que foi feito, com a colaboração de membros e servidores, no primeiro biênio da minha gestão.

E, a esse respeito, muito me regozija ter cumprido, quase que integralmente, o programa institucional apresentado à classe ministerial ao tempo da minha candidatura ao cargo de Procurador-Geral de Justiça. Aliás, o cumprimento das minhas promessas de campanha, que para muitos poderia parecer inviável, demonstra que toda administração pautada em um prévio planejamento, apesar das sabidas limitações orçamentárias, é capaz de levar a cabo os seus propósitos.

E, no rol dos resultados satisfatórios obtidos no biênio 2012-2014, sobrelevo, exemplificativamente, os seguintes: **a)** reativação do Fórum Permanente, inclusive das reuniões regionais deste; **b)** realização de Congressos e Encontros abertos ao público, com a finalidade de possibilitar o acesso da sociedade ao debate dos mais variados temas, tanto daqueles de seu interesse quanto de interesse da Instituição; **c)** criação de mais 01 (um) cargo de assessor jurídico para cada Procurador de Justiça; **d)** extensão a todos os Promotores de Justiça de 01 (um) cargo de assessor jurídico; **e)** apresentação, precedida de estudos, do Programa de Valorização do Servidor; e **f)** modernização tecnológica institucional com a implantação do Sistema Integrado do Ministério Público – SIMP.

Afora isso, a nossa intenção de acomodar dignamente os membros e servidores do Ministério Público nos fez acelerar a construção do edifício-sede da Procuradoria Geral de Justiça, assim como a reforma e a construção de diversas outras sedes de Promotorias de Justiça tanto na Grande São Luís quanto no interior do Estado, obras estas com previsão de entrega ainda na minha gestão.

Outrossim, a criação de Promotorias de Justiça para as entrâncias Final, Intermediária e Inicial mereceu da minha Administração especial empenho, haja vista a defasagem de membros do *Parquet* para o atendimento a contento da sociedade. Daí por que, para dar cumprimento a mais um compromisso de campanha, realizei com êxito o Concurso Público para Ingresso na Carreira do Ministério Público, voltado ao provimento de 25 (vinte e cinco) cargos de Promotor de Justiça Substituto.

Apesar dessas realizações, tornadas possíveis com a valiosa colaboração de membros e servidores da Instituição, em termos de futuro,

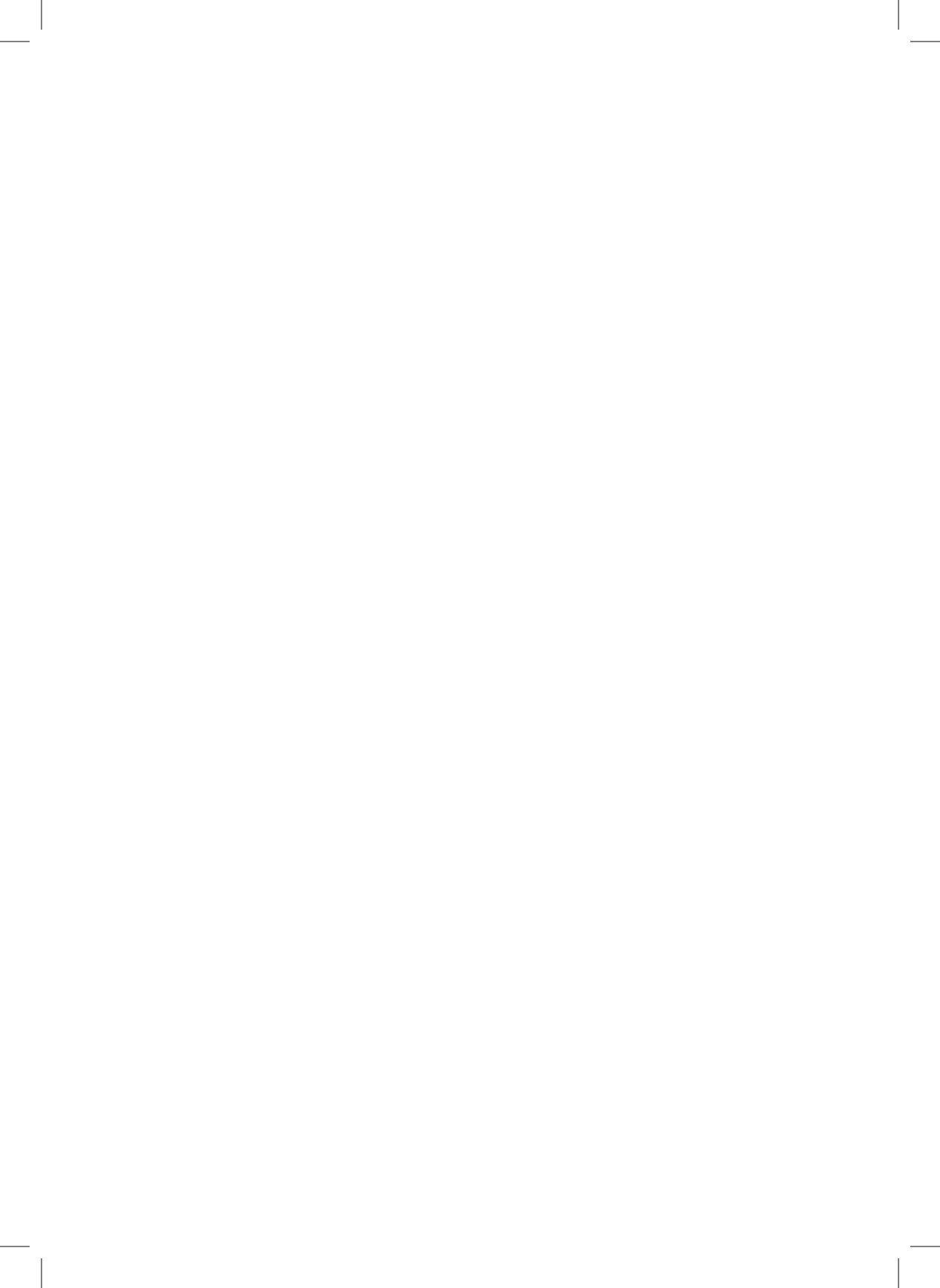
muito ainda há que ser feito, a curto e médio prazo, para a consolidação de valores e a conclusão de projetos e reestruturações.

Para tal desiderato, imperioso se faz investir na contínua capacitação de membros e servidores e, por conseguinte, na Escola Superior do Ministério Público, a qual reputo imprescindível para a formação de um quadro institucional qualificado, compromissado, participativo, consciente e eficiente.

Enfim, há ainda um longo caminho pela frente que não dispensa o engajamento de todos. Conto, pois, com o apoio especial de membros e servidores, no biênio 2014-2016, para a consecução da entrega de obras marcantes, como o prédio das Promotorias de Justiça da Capital e a nova sede da Procuradoria Geral de Justiça, ambas em fase final, bem assim para manter, não-só, o programa de reforma e reaparelhamento das Promotorias de Justiça do interior, como, também, a regionalização do Fórum Permanente.

Finalizando, permito-me citar o seguinte pensamento de Bertolt Brecht, com o qual conclamo a todos a envidar esforços para o sucesso dessa nova jornada que hoje se inicia: *“há homens que lutam um dia e são bons, há outros que lutam um ano e são melhores, há os que lutam muitos anos e são muito bons, mas há os que lutam toda a vida e estes são imprescindíveis”*.

Muito obrigada!



A REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO – *JURIS ITINERA* é um periódico anual destinado à publicação de trabalhos produzidos por membros do Ministério Público e outros pensadores do Direito.

Normas para apresentação dos trabalhos

1. Os textos serão apreciados e aprovados, ou não, pelo Conselho Editorial, preservando-se a identidade do autor, quando da indicação destes;
2. Somente serão aceitos artigos inéditos;
3. Compete ao Conselho Editorial introduzir modificações nos originais de ordem formal e gramatical, ouvido o autor, visando a homogeneidade e qualidade da Revista;
4. As ideias e conceitos produzidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, o pensamento da Instituição;
5. Os originais dos trabalhos apresentados não serão devolvidos;
6. Os trabalhos somente serão apreciados se atendidas as condições seguintes: **a)** redigidos, preferencialmente, em português, no impessoal e encaminhados em uma via impressa, juntamente com o respectivo arquivo eletrônico, em formatação *Word for Windows*; **b)** apresentados em papel A4; **c)** configurados em espaço simples; **d)** escritos em tamanho 12, com base na fonte *Times New Roman*; **e)** adstritos, no máximo, a 20 (vinte) laudas.
7. O Conselho Editorial se reserva o direito de adequar os artigos às normas disciplinadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT;
8. Os artigos devem conter o nome do autor e suas credenciais, bem como resumo e abstract, constituídos de uma seqüência de frases concisas, não ultrapassando 150 palavras. Devem apresentar, também, palavras-chave e key words logo abaixo do resumo e abstract, separadas entre si por ponto;
9. Deve-se utilizar o sistema autor-data para as citações no texto e o sistema numérico para as notas explicativas (notas de rodapé);
10. Os casos omissos serão decididos pelo Conselho Editorial, não cabendo recurso de suas decisões.

Endereço para o envio de originais

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
Coordenadoria de Documentação e Biblioteca
Rua Oswaldo Cruz, nº 1396 - Centro - São Luís – Maranhão.
CEP: 65020 – 910 - Tel.: (98) 3219-1656 - Fax.: (98) 3219-1657
E-mail: biblioteca@mpma.mp.br

