

## ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer  
Stênio Castiel Gualberto  
Marcia Abib Hecktheuer

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Dr. Fabio Rycheki Hecktheuer

# Temas Emergentes em **DIREITO PENAL**

## AUTORES:

Andreia Alves de Almeida  
Anne Joyce dos Santos Côrtes  
Daiane Castro Rosano  
Débora Moraes da Silva  
Felipe Augusto Almeida do Nascimento  
Janca Aguiar Santos  
Isabelen Silva Souza  
Jaqueline Oliveira Gama  
Maria Eduarda Santos Pereira da Silva  
Pedro Abib Hecktheuer  
Sávio Antiógenes Borges Lessa  
Stênio Castiel Gualberto  
Túlio Anderson

## ORGANIZADORES

Pedro Abib Hecktheuer  
Stênio Castiel Gualberto  
Marcia Abib Hecktheuer

## COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Prof. Dr. Fabio Rychecki Hecktheuer

# Temas Emergentes em **DIREITO PENAL**

2019

## AUTORES:

Andreia Alves de Almeida  
Anne Joyce dos Santos Côrtes  
Daiane Castro Rosano  
Débora Moraes da Silva  
Felipe Augusto Almeida do Nascimento  
Janca Aguiar Santos  
Isabelen Silva Souza  
Jaqueline Oliveira Gama  
Maria Eduarda Santos Pereira da Silva  
Pedro Abib Hecktheuer  
Sávio Antiógenes Borges Lessa  
Stênio Castiel Gualberto  
Túlio Anderson

Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-93418-08-2



Apoio:



Edição



**EMERON**  
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO  
ESTADO DE RONDÔNIA - DESDE 1986  
Conhecimento a Serviço da Cidadania

PORTO VELHO/RO

### **Diretor da Emeron**

Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia

### **Vice-Diretor da Emeron**

Juiz Guilherme Ribeiro Baldan

### **Secretário Geral da Emeron**

Alberto Ney Vieira Silva Organizadores

### **Organizadores**

Pedro Abib Hecktheuer  
Stênio Castiel Gualberto  
Marcia Abib Hecktheuer

### **Autores**

Andreia Alves de Almeida  
Anne Joyce dos Santos Côrtes  
Daiane Castro Rosano  
Débora Morais da Silva  
Felipe Augusto Almeida do Nascimento  
Ianca Aguiar Santos  
Isabelen Silva Souza  
Jaqueline Oliveira Gama  
Maria Eduarda Santos Pereira da Silva  
Pedro Abib Hecktheuer  
Sávio Antiógenes Borges Lessa  
Stênio Castiel Gualberto  
Túlio Anderson

### **Expediente**

#### **Revisão**

Adriana Fernandes

#### **Diagramação/Revisão**

Alcides Marcelo Biliatto  
Bruno Lopes Biliatto

#### **Capa**

Leila Mara de Souza Lima

### **Créditos**

Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre a Faculdade Católica de Rondônia e a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

### **Projeto de Fomento**

Obra resultado de Convênio formulado entre diferentes órgãos de fomento, tais como Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO), Faculdade Católica de Rondônia (FCR), Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (EMERON), o Ministério Público do Estado de Rondônia (MPRO), a Comissão dos Jovens Advogados (OAB/RO).

Bibliotecária responsável: Julia Cristina A. Meinhardt Queiroz CRB11<sup>a</sup> 1027

T278 Temas emergentes em Direito Penal.-- Porto Velho -  
RO : EMERON, 2019.  
155 p.

1. Direito Penal. I.Hecktheuer, Pedro Abib. II.Gualberto,  
Stênio Castiel. III.Hecktheuer, Marcia Abib. IV.Hecktheuer,  
Fábio Rychecki. V. Título.

CDD: Ed. 23 -- 345

## APRESENTAÇÃO

A Faculdade Católica de Rondônia (FCR), a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), a Fundação Rondônia de Amparo ao Desenvolvimento das Ações Científicas e Tecnológicas e à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERRO), a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, o Ministério Público do Estado de Rondônia, a Comissão Jovens Advogados e o Açaí com libras fomentaram e promoveram as pesquisas e as publicações com vistas a seguir sobre diversificados temas envolvendo o Direito Penal.

A escolha dos temas norteou-se pela preocupação em abordar temáticas de valor acadêmico relevante e que demonstrassem de maneira cabal a contemporaneidade das pesquisas realizadas na Região Amazônica. Para tanto, a obra traz em seu teor abordagens relativas à um direito penal ligado a tecnologia, relacionando a legislação vigente aos fenômenos dos crimes cibernéticos, assim como também aborda temas ligados a um direito penal mais voltado à criminologia social.

A obra traz diferentes abordagens mesclando textos que produzem reflexões voltadas tanto ao estudo da dogmática penal como artigos produzidos a partir de estudos bibliográficos sobre temas de absoluta relevância em tempos de discussões cada vez mais frequentes sobre a sociedade de maneira geral.

A preocupação em abordar na obra assuntos ligados à um modelo de direito penal e de processo penal em que os componentes sociais ganham relevância é justamente um dos principais objetivos da presente obra, demonstrando a inquietação dos autores com problemáticas relativas a questões cotidianas da sociedade e que conseqüentemente acabam servindo como objeto de estudo essencial para a formação de um pensamento crítico necessário ao desenvolvimento do direito.

Dessa maneira, a obra em tela se reveste da mais profunda importância principalmente por proporcionar o aprofundamento de temas tão pertinentes ao direito penal contemporâneo e que por vezes passam ao largo de estudos mais aprofundados como os que produzidos para a presente obra.

É nesse espírito de trabalho e dedicação que temos a honra de apresentar a presente obra e registrar com os devidos méritos a qualidade dos trabalhos desenvolvidos, fruto de incontáveis horas de pesquisa e esforço intelectual de abnegados

cientistas, tanto docente quanto discentes, engajados sempre no desenvolvimento da ciência na Amazônia brasileira.

**Stênio Castiel Gualberto**

Professor de Direito Penal e Processo Penal  
Faculdade Católica de Rondônia

**Pedro Abib Hecktheuer**

Professor de Direito Constitucional  
Faculdade Católica de Rondônia

## SUMÁRIO

<b>A APLICAÇÃO DA ATUAL LEGISLAÇÃO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS... 4</b> Anne Joyce dos Santos Côrtes
<b>O ABORTO LEGAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: Uma análise na Maternidade Municipal Mãe Esperança ..... 19</b> Daiane Castro Rosano Pedro Abib Hecktheuer
<b>O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO TOCANTE À PRISÃO DOMICILIAR . 19</b> Débora Moraes da Silva Sávio Antiógenes Borges Lessa
<b>O DIREITO À LIVRE INFORMAÇÃO LIMITADO PELO DIREITO À IMAGEM NOS CRIMES CONTRA A HONRA DOS MORTOS ..... 54</b> Ianca Aguiar Santos Stênio Castiel Gualberto
<b>LEI MARIA DA PENHA: A VINDITA POR MEIO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E IMPLANTAÇÕES DE FALSAS MEMÓRIAS ..... 69</b> Jaqueline Oliveira Gama Túlio Anderson
<b>AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Instrumento de Efetividade do Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Um Estudo na Comarca de Porto Velho-RO..... 88</b> Felipe Augusto Almeida do Nascimento Andreia Alves de Almeida
<b>A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHERA (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA ..... 106</b> Maria Eduarda Santos Pereira da Silva Stenio Castiel Gualberto
<b>A INAPLICABILIDADE DAS PENAS PARA O USUÁRIO DE DROGAS NO MUNICÍPIO DE ARIQUEMES/RO, NO ANO DE 2015..... 121</b> Isabelen Silva Souza Pedro Abib Hecktheuer
<b>TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE..... 154</b>

# A APLICAÇÃO DA ATUAL LEGISLAÇÃO NOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Anne Joyce dos Santos Côrtes<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a discussão acerca dos crimes cibernéticos e sua evolução, tendo influência na aplicação do Direito na esfera penal. O ordenamento jurídico deve se adaptar às diversas situações impostas pelas mudanças sociais e tecnológicas, mas é inquestionável a rapidez com que informações são divulgadas na internet, os crimes ocorrem de modo instantâneo e a utilização de ferramentas que garantem o anonimato; muitos desses crimes acabam sem a devida punição. Os principais questionamentos ocorrem na aplicação da legislação que deve ser utilizada para a punição dos crimes do tema estudado. Observando a legislação penal, questiona-se a necessidade da criação de Leis que tratam de um assunto específico, mas que devem ser emendadas para adaptarem-se às novidades da internet. O aporte teórico utilizado serão as legislações do ordenamento jurídico, bem como a utilização de fontes bibliográficas para que possam construir raciocínio.

**Palavras-chaves: Internet. Crime Cibernético. Legalidade. Legislação específica.**

## ABSTRACT

This article aims to analyze the discussion about cybercrime and its evolution, having an influence on the application of law in the criminal sphere. The legal system must adapt to the different situations imposed by social and technological changes, but it is unquestionable that with the speed with which information is disseminated on the Internet, crimes occur instantaneously and with the use of tools that guarantee anonymity, many of these crimes end up without proper punishment. The main questions arise in the application of the legislation that should be used to punish the crimes of the subject studied, observing the criminal legislation, whether it would be necessary to create Laws that deal with a specific subject, but which should be amended to adapt to the Internet news. The article will use legislation of the legal order, as well as the use of bibliographic sources, so that it can build reasoning.

**Keywords: Internet. Cyber crime. Legality. Specific legislation.**

## Introdução

O ordenamento jurídico é um reflexo dos conceitos difundidos na sociedade, é a regulamentação de condutas diversas, limitador de abusos, tanto da população quanto

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR), Porto Velho-RO, Brasil. E-mail: annyjoyce\_pvh@hotmail.com.

do próprio Estado, fato é que, com a globalização, ou seja, “o processo de escala mundial, que interliga os Estados, entes e indivíduos, em diversas áreas como política, economia, tecnologia e etc.”<sup>2</sup>, as pessoas, produtos e informações se deslocam com maior rapidez. Nessa direção, o Direito tem tido a necessidade de se adaptar rapidamente, para tentar regular a vida em sociedade e as mais variadas situações decorrentes das tecnologias.

As tecnologias não podem se consideradas maléficas, pois seus benefícios são inegáveis, são avanços em pesquisas nas mais diversas áreas, saúde, educação e inclusive no Direito. Os maiores avanços que podem ser apontados na área jurídica são: o Processo Judicial Eletrônico, que possibilita ainda mais o acesso à justiça, por ser um meio veloz, econômico e mais acessível às partes, advogados e juízes, e a possibilidade de audiências através de vídeo conferência, trazendo, de mesma forma, o desperdício de dispêndio.

Apesar dos benefícios, pessoas mal-intencionadas utilizam-se dos sistemas virtuais e do ciberespaço para o cometimento de crimes diversos, utilizando-se da facilidade de se manter o anonimato e a dificuldade de se identificar a origem do ato ilícito.

O Código Penal (CP) é a lei geral responsável por tipificar as condutas, ou seja, descreve as condutas consideradas crimes; porém, o atual CP foi criado no ano de 1940 e, naquela época, não era possível prever o alcance das tecnologias, como internet ou redes sociais; sendo assim, não existia e nem existe, a previsão de crimes virtuais no CP, situação preocupante é que a legislação que trata sobre crimes virtuais é escassa.

Por esse motivo, o CP tem sido aplicado em uma tentativa de adequar-se aos crimes virtuais. Mas a aplicação do Código condiz com o cometimento de crimes virtuais?

Portanto, questiona-se, no presente artigo, tendo em vista a dificuldade de se chegar ao autor de um crime cibernético e o alcance que sua conduta atinge, se uma lei específica seria a melhor opção. Mas deparamo-nos com outra questão: a criação de uma lei específica de crimes virtuais atingirá seu objetivo de reprimir e punir tais condutas ou se tornará apenas mais uma lei que não é aplicada?

## **1. Da Evolução das Tecnologias Digitais**

---

2 CAMPOS, Luíz. CANAVEZES, Sara. Introdução à globalização. 2007. Instituto Bento Jesus Caraça. Departamento de Formação da CGTP-IN.

É interessante realizar-se um aparato histórico sobre a evolução da internet, que é a principal ferramenta de utilização das tecnologias. Os modelos iniciais de computadores e telefones celulares que se tem conhecimento atualmente datam de 1876. Essas tecnologias tinham o objetivo de permitir a comunicação facilitada. Desde a referida data, os aparelhos celulares e computadores passaram por diversas modificações até serem alcançados os modelos atuais.

Mas, mesmo com aparelhos modernos, a troca de mensagens e informações através do ciberespaço só ocorre por meio da internet, que surgiu nos Estados Unidos, no ano de 1969, no laboratório de pesquisas ARPAnet (Advanced Research Projects Agency), que buscava a proteção dos EUA no período da Guerra Fria e o armazenamento de dados e comunicação, o que, posteriormente, levou a utilização da internet para pesquisas acadêmicas e, após, o uso comercial 1987<sup>3</sup>.

No Brasil, a internet teve finalidade educativa até 1995<sup>4</sup>, quando seu uso comercial foi permitido. A partir da comercialização da internet e a possibilidade de se ter aparelhos celulares conectados à rede mundial de computadores, permitindo o acesso a informações e dados de diversos locais do mundo, sua utilização passou a ser foco para o Direito.

Assim, o ciberespaço passou a ser o cenário de diversas condutas, que, se fossem realizadas no mundo físico, seriam consideradas crimes, mas que, por não haver regulamentação sobre sua ocorrência no mundo virtual, não tinham uma atuação punitiva efetiva do Estado. SALLES e DEVEGILI<sup>5</sup> citam que:

Entre as inovações tecnológicas que se estendem incrivelmente, a internet acaba apresentando claros desafios à aplicação de regras jurídicas (nacionais) no seu espaço (global). Essas dificuldades, no entanto, não podem servir de justificativa para que os Estados deixem de tentar intervir naquela dinâmica, regulamentando objetos e condutas de interesse público.

O Direito não pode afastar-se diante da violação ou ameaça a direitos e nem permitir que os meios pelos quais tais crimes são cometidos se tornem artimanhas para a

---

3 TAIT, Tania Fatima Calvi. Evolução da Internet: do início secreto à explosão mundial. Artigo publicado no Informativo PET informática. Agosto de 2007.

4 TAIT, Tania Fatima Calvi. Evolução da Internet: do início secreto à explosão mundial. Artigo publicado no Informativo PET informática. Agosto de 2007.

5 SALLES, Aline Sueli de. DEVEGILI, Augusto Jun. Segurança e autenticidade: a criptografia e sua relação com o Direito. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2002-out-13/conceitos\\_criptografia\\_relacao\\_direito](https://www.conjur.com.br/2002-out-13/conceitos_criptografia_relacao_direito)>. Acesso: maio 2018.

garantia da impunidade. Assim, com a ocorrência de delitos, sejam eles praticados no mundo material ou imaterial, a atuação do Estado deve ser efetiva.

## 2. Da legalidade

A Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, II, diz<sup>6</sup>: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse é um dos princípios mais valorosos do ordenamento jurídico, o da legalidade. Segundo MARINELA<sup>7</sup>: “o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria, por isso considerado princípio basilar do regime jurídico-administrativo”.

Como um modo de reafirmação de um princípio tão importante, o Direito penal adota a legalidade como seu fundamento. Tal princípio refere-se à obrigatoriedade de existir uma lei que determine que certa conduta é tipificada e será passível de punição em âmbito criminal, sendo esse o texto do artigo 1º do Código Penal<sup>8</sup>: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.” Desse modo, apenas as condutas que sejam tipificadas podem ser penalizadas. Mas, como é afirmado por Carvalho, Souza e Costa<sup>9</sup>:

[...] fato é que nem mesmo os juristas que desfrutavam de maior criatividade, na origem da formulação da legislação, teriam a consciência dos atuais acontecimentos e como essa tecnologia se alastraria e contagiaria todo o mundo e talvez por isso não haja normas específicas no Código Penal Brasileiro para os crimes virtuais. Hoje, o Brasil, utiliza o Direito Penal para punir essa prática ilícita e através de analogia se aplicam as normas da forma genérica. Sendo assim, sem uma legislação específica, só nos resta à tipificação no Código Penal Brasileiro.

Os crimes cibernéticos apresentam dificuldades para serem punidos, justamente porque não existem leis que acompanhem o desenvolvimento das tecnologias e consigam punir crimes virtuais. Esses tipos de crimes são aqueles cometidos através de

---

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

7 MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.p. 82.

8 BRASIL. Código Penal 1940. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

9 DE CARVALHO, Daniel Leal. DE SOUZA, Marta Alves. DA COSTA, Helder Rodrigues. 2011. Crime Virtual: Crescimento e Falta de Leis Específicas. Disponível em: <[http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta\\_upload/artigos/a13.pdf](http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a13.pdf) >. Acesso em 20/05/18 às 23h:18min.

meios eletrônicos, ou seja, no mundo virtual. Segundo Carvalho, Souza e Costa<sup>10</sup>, existem dois entendimentos sobre os crimes virtuais:

O primeiro grupo acredita que o crime virtual é uma prática já prevista em lei, os delitos são os mesmos, e que não seria necessário a criação de leis específicas para adequá-las aos crimes virtuais, já que a Internet seria somente um “meio” para a prática do crime. Enquanto isso, o segundo grupo defende que existem alguns casos específicos de crimes informáticos que não podem ser analisados pela atual legislação.

Mas essa leitura do Código Penal é suficiente para punir crimes virtuais? Pois não parece ser justo ou suficiente a aplicação de uma pena de crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal, por exemplo, se o mesmo é cometido por meio digital, porque é por óbvio que um crime de estelionato, praticado por meio de dispositivos de informática requer uma especialidade, preparação e execução bem diferente de um crime “comum”, cometido pessoalmente. Parecendo um equívoco a afirmação de que se trata do mesmo crime.

Nesse diapasão, o ordenamento jurídico, preocupando-se em garantir tal princípio, algumas leis foram editadas. Como as leis: Lei nº 9.609/98 software, que protege a propriedade intelectual dos sistemas; essa lei prevê algumas circunstâncias de proteção ao software, não especificamente de crimes cometidos através dos sistemas, tanto é assim que, em seus artigos 12 ao 14, são previstos os crimes e penas contra a propriedade intelectual e não sobre crimes cometidos por meio dos sistemas.

A Lei Carolina Dieckmann, 12.737/2012, foi a primeira que realmente previa crimes virtuais; tal lei foi motivada pela invasão do computador da atriz brasileira e posterior divulgação de dados e imagens íntimas. Porém, Oliveira Júnior<sup>11</sup> aponta que, em seus quatro artigos, a referida lei trata da tipificação da invasão de dados de computador e sua divulgação, o que poderia ser atual para o momento, mas contemporaneamente é insuficiente.

E o Marco Civil da Internet, Lei 12.965/14, que apresenta em seu texto princípios e fundamentos para a utilização racional da internet e das mídias digitais,

---

10 DE CARVALHO, Daniel Leal. DE SOUZA, Marta Alves. DA COSTA, Helder Rodrigues. 2011. Crime Virtual: Crescimento e Falta de Leis Específicas. Disponível em: <[http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta\\_upload/artigos/a13.pdf](http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a13.pdf)>. Acesso em 20/05/18 às 23h:18min.

11 OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. A nova lei Carolina Dieckmann. 2018. Disponível em: <<http://googleweblight.com/i?u=https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann&hl=pt-BR>>. Acesso em: maio de 2018.

demonstra a preocupação do legislador em tornar o uso da internet em uma questão mais séria e consciente, mas sem apresentar grandes avanços quanto à criminalização dos crimes que acontecem através dela.

### 3. Dos Crimes Virtuais

A ocorrência de crimes cometidos virtualmente vem aumentando a cada dia; estes recebem diversas nomenclaturas como, crimes digitais, cibernéticos, virtuais, cibercrimes, eletrônicos, etc. De acordo com FERREIRA<sup>12</sup>, os crimes virtuais são:

“Atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador. Atos cometidos por intermédio de um sistema de informática e dentro deles incluídos infrações contra o patrimônio; as infrações contra a liberdade individual e as infrações contra a propriedade imaterial”.

Conforme apresentado por ARAS<sup>13</sup>:

Para a OECD - Organization for Economic Cooperation and Development, o crime de computador é "qualquer comportamento ilegal, aéctico ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados", podendo implicar a manipulação de dados ou informações, a falsificação de programas, a sabotagem eletrônica, a espionagem virtual, a pirataria de programas, o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes.

Como se pode perceber, pelos conceitos apresentados acima, os crimes cibernéticos são aqueles cometidos por meio digital. Classificam-se ainda em crimes contra o computador e por meio do computador.

Crimes contra o computador, também chamados de crimes próprios, são aqueles em que o crime consiste em violar os sistemas de informática, com a finalidade de ter acesso a informações, dados, imagens, etc. Já, nos crimes por meio do computador, estes são os mesmos previstos no CP.

Porém, utiliza-se o computador como um meio para sua prática como, por exemplo, injúria, difamação, ameaça e etc. Essa classificação é apresentada com finalidade organizacional das ideias, tendo em vista que ambos continuam sendo praticados pelos meios virtuais e não possuem legislação específica, sendo utilizado analogicamente o CP para crimes por meio do computador.

O sujeito passivo dessa nova modalidade de crime pode ser qualquer pessoa, destaca-se que, inclusive, as pessoas jurídicas são suscetíveis de serem vítimas de

---

12 FERREIRA, Ivette Senise. Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.261.

13 ARAS, Vladimir. Crimes de informática: Uma nova criminalidade. Jus Navigandi, Teresinha, ano 6, n 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2250>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

crimes virtuais, pois contratos, segredos de produção, sistemas internos e etc. podem ser foco dos autores dessas condutas. Já, no que diz respeito ao sujeito ativo desses crimes, existem vários termos utilizados para descrevê-lo, isso porque, em regra, aqueles que cometem crimes por meio do computador possuem um conhecimento avançado sobre sistemas de informação, como os *hackers* e *crackers*.

Oliveira, Mattos, Siqueira, Oliveira e Werle<sup>14</sup> apresentam algumas definições como:

Hackers - São pessoas que possuem alto grau de conhecimento em habilidades em informática, que podem agir tanto para beneficiar alguém fazendo melhorias em determinado sistema, bem como para prejudicar terceiros.

Crackers – São um novo tipo de hacker, caracterizado como um criminoso com maiores conhecimentos do que o hacker no mundo virtual, agindo com o intuito de descobrir senhas, dados privados, invadem a segurança da vítima fazendo com que a mesma tenha todas as suas informações furtadas.

Carders – Esses tipos de criminosos atuam em conjunto ou sozinhos, tendo o objetivo de descobrir dados e senhas de cartões de crédito via internet e realizar compras falsas. Possuem programas especiais para realizar esse tipo de conduta.

Para ARAS<sup>15</sup>:

“Os hackers são simples invasores de sistemas, que desafiam o próprio conhecimento, já os crackers são aéticos, pois furtam informações de sistemas com o intuito de prejudicar. Apresentando a figura dos phreakers, que fraudam sistemas de telecomunicações.”

Com essas definições sobre alguns dos sujeitos ativos e suas especialidades, a aplicação da lei geral é insuficiente; se seu conhecimento para determinado crime é elevado, é direcionado a tal prática e tem grandes chances de não ser incriminado, sua pena deve condizer com sua culpabilidade e periculosidade, fato que apenas lei específica e nova pode prever.

### **3.1. Principais crimes virtuais**

---

14 OLIVEIRA, Bruna Machado de; MATTOS, Karoline Reis; SIQUEIRA, Marcela Scheuer e OLIVEIRA, Nathalia. CRIMES VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Pensando Direito: Revista do Curso em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, 2017. ISSN versão eletrônica 2447-3664. Disponível em: < <http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>>. Acesso em: maio de 2018.

15 ARAS, Vladimir. Crimes de informática: Uma nova criminalidade. Jus Navigandi, Teresinha, ano 6, n 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2250>>. Acesso em: maio 2018.

É importante apontar sobre os principais crimes virtuais que acontecem através do ciberespaço, demonstrando que, através do artifício eletrônico, é possível que diversas condutas sejam praticadas, atingindo as vítimas das mais diversas formas.

Na luz da doutrina estrangeira, LÉVY argumenta que<sup>16</sup>:

O termo [ciberespaço] especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informação que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo 'cibercultura', especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço.

Alguns dos crimes mais praticados são: crimes contra a honra, injúria, calúnia e difamação, tais condutas acontecem principalmente nas redes sociais, que são ferramentas onde se compartilham opiniões, comentários, imagens e etc.

Sendo um crime por meio do computador, as legislações aplicadas por analogia são dos arts. 138 e seguintes do CP. Furto de dados onde, através de propagandas, anúncios e promessas de vantagens, cadastros são feitos com o intuito de se conseguir informações de cartões de crédito, RG, CPF, etc. aplicando-se o artigo 171 do CP que trata sobre o crime de estelionato.

Com o anonimato proporcionado pelas tecnologias da informação, os crimes de pedofilia e prostituição ganharam uma barreira, o que permite que aqueles praticantes desse tipo de crime tenham liberdade para atuarem sem ser identificados.

Isso não quer dizer que tais crimes não aconteciam no mundo real, mas a internet se tornou a ferramenta facilitadora para os criminosos. Segundo FLORENZANO<sup>17</sup> informa que “64,7% da população com mais de 10 anos de idade tem acesso à internet no Brasil, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD).” Ainda, segundo o autor, “a empresa Cibersegurança Symantec, no Brasil, constatou que 62 milhões de pessoas foram afetadas por crimes virtuais, somente em 2017; em 2016, esse número era de 42,4 milhões”.

Conforme citam FURLANETO e GUIMARÃES<sup>18</sup>:

---

16 LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, p. 17, 1999.

17 FLORENZANO, Cláudio. 62 milhões de pessoas foram vítimas de crimes virtuais no Brasil em 2017. Disponível em: <<https://www.cbsi.net.br/2018/02/62-milhoes-de-pessoas-foram-vitimas-de.html>>. Acesso em: maio de 2018.

18 FURLANETO NETO, M.; GUIMARÃES, J. A. C. Crimes na Internet: Elementos para uma Reflexão Sobre a Ética Informacional. Revista CEJ. Brasília, n. 20, p. 69, jan. /mar. 2003. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/523/704>>. Acesso em: maio 2018.

Destacam ainda que, além das condutas descritas como crime, existem ainda aquelas consideradas ilícitas prejudiciais, as quais não são consideradas crime e não possuem legislação específica, não sendo possível, igualmente, a aplicação da analogia. São exemplos os danos praticados contra informações, os programas contidos em computador, as propagações de vírus informáticos entre outros.

Exemplo ainda mais atual é a prática do Romance Scammer, que consiste na criação de perfis falsos em redes sociais com a intenção de se conseguir vantagem econômica, que, além de causar prejuízo financeiro, pode ocasionar abalos emocionais nas vítimas, pois os autores de tais crimes seduzem através da mídia digital, (Grasel, 2014)<sup>19</sup>.

### **3.2. Tempo, lugar e competência para julgar crimes virtuais.**

Algumas das questões que merecem ser apresentadas sobre o tema mundo virtual são referentes à ocorrência de crimes se referem ao tempo e lugar do crime. Como explanado nos capítulos anteriores, a internet não possui barreiras territoriais; por esse motivo, um crime praticado em determinado local, mas que seja por meio virtual, repercute em diversos outros lugares e, dependendo da repercussão, ultrapassa as fronteiras de um país e se estende ao mundo.

Com esse apontamento, o entendimento é de que o crime virtual se consuma no momento da prática da conduta, invasão do sistema, divulgação de imagens, etc. Já, no que tange ao lugar e conseqüente competência, não existe entendimento firmado sobre o assunto, por ser um ambiente de alcance indeterminado.

Conforme ensina OLIVEIRA<sup>20</sup>, “Os criminosos estão espalhados pelos quatro cantos do mundo e podem atingir vítimas que não precisam estar no seu mesmo lugar de atuação”. A utilização dos arts. 5º e 6º do CP é o que tem prevalecido nos tribunais, quanto à delimitação do lugar do crime: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”. Mas o resultado não pode ser limitado em crime

---

19 GRAZEL, Grasiel Felipe. O que é scam? 2014. Disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/post/12716-o-que-e-scam>>. Acesso em: maio de 2018.

20 OLIVEIRA, Bruna Machado de; MATTOS, Karoline Reis; SIQUEIRA, Marcela Scheuer e OLIVEIRA, Nathalia. CRIMES VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Pensando Direito: Revista do Curso em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, 2017. ISSN versão eletrônica 2447-3664. Disponível em: < <http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>>. Acesso em: maio de 2018.

virtual. Bem como não existe pacificação sobre a competência conforme demonstrado nos julgados<sup>21</sup>:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM PORNOGRÁFICA DE ADOLESCENTE VIA WHATSAPP E EM CHAT NO FACEBOOK. ART. 241-1 DA LEI 8.069/90. INEXISTÊNCIA DE EVIDÊNCIAS DE DIVULGAÇÃO DAS IMAGENS EM SÍTIOS VIRTUAIS DE AMPLO E FÁCIL ACESSO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República, quando se tratar de infrações previstas em tratados e convenções internacionais, como é o caso do racismo, [...].

Deliberando sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 628.624/MG, [...], assentou que a fixação da competência da Justiça Federal para o julgamento do delito do art. 241-A do ECA pressupõe a possibilidade da internacionalidade do resultado obtido ou que se pretendia obter. Por sua vez, a constatação da internacionalidade do delito demandaria apenas que a publicação do material pornográfico tivesse sido feita em “ambiente virtual de sítios de amplo e fácil acesso a qualquer sujeito, em qualquer parte do planeta, que esteja conectado à internet” [...].

[...] as imagens da vítima foram trocadas por particulares via Whatsapp e por meio da rede social Facebook. 4. [...] a comunicação se dá entre destinatários escolhidos pelo emissor da mensagem. Trata-se de troca de informações privada que não está acessível a qualquer pessoa. 6. [...] revela-se a competência do Juízo Estadual. 7. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara Criminal e Execução Penal de São Sebastião do Paraíso/MG, o Suscitado.

Acórdão

Vistos, relatado e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Suscitado, Juízo de Direito da área Criminal e Execução Penal de São Sebastião do Paraíso/MG, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. (S3 – TERCEIRA SEÇÃO; Julgamento em 26 de abril de 2017. Ministro Relator REYNALDO SOARES DA FONSECA).

E ainda, em decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2010<sup>22</sup>:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. RACISMO PRATICADO ATRAVÉS DE PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS RACISTAS EM SÍTIO DE RELACIONAMENTO. INTERNET. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES. NECESSIDADE. LOCAL DO CRIME. LUGAR DE ONDE FORAM ENVIADOS OS TEXTOS OFENSIVOS. AUSÊNCIA DE DADOS APTOS A PROVAR A ORIGEM DAS OFENSAS. CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO

---

21 STJ – CC: 150564 MG 2016/0338448-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DATA DE JULGAMENTO: 26/04/2017, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/05/2017.

22 STJ - CC: 107938 RS 2009/0183264-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/10/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 08/11/2010.

INVESTIGATÓRIO. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DAQUELE JUÍZO QUE PRIMEIRO CONHECEU DA INVESTIGAÇÃO. 1. A competência para processar e julgar os crimes praticados pela internet, dentre os quais se incluem aqueles provenientes de publicação de textos de cunho racista em sites de relacionamento, é do local de onde são enviadas as mensagens discriminatórias. 2. Na espécie, mesmo após recebidas as informações da empresa proprietária do sítio, não houve como identificar, por enquanto, os autores das ofensas, o que impõe, obviamente, a manutenção do feito no âmbito daquele juízo que primeiro tomou conhecimento da investigação. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, o suscitado.

Os julgados demonstram que os Tribunais estão tentando adequar o julgamento, conforme a maior possibilidade de solução, e em cada caso concreto, aplicando uma competência diferente.

### **3.3. Medidas adotadas para evitar a crimes cibernéticos**

Preocupados com as infinitas possibilidades de crimes, fraudes e etc. mecanismos que tentam impedir a ocorrência de delitos virtuais estão sendo utilizados. No que se refere à transmissão de mensagens e dados de sistemas, as ferramentas atualmente utilizadas são a criptografia e a assinatura digital.

No entendimento de SALIB<sup>23</sup>, a criptografia busca a comunicação segura, através da utilização de símbolos, números e outros caracteres que impeçam que invasores possam compreender a mensagem. Daí surgiu a assinatura digital, que permite a autenticidade de envio e recebimento de mensagens.

Essa é, até o momento, a forma mais segura de se transmitir mensagens e informações sigilosas, mas, como já mencionado sobre os tipos de sujeitos ativos e da modalidade virtual de crimes, até mesmo as mensagens criptografadas correm o risco de serem alvos de *hackers*.

O governo brasileiro vem tomando cautela sobre as possíveis atuações investigativas, criando órgãos como a Secretaria de Tecnologia da Informação (STI), do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), a qual busca desenvolver métodos de identificação dos criminosos virtuais, criando parcerias com as desenvolvedoras de sistemas de informática. Além da tentativa de conscientização da população quanto ao uso da internet e redes sociais. Medidas válidas, mas que, aparentemente, ainda não atingiram a finalidade desejada.

---

23 SALIB, Marta Luíza Leszczynski. Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional, a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado. Juruá Editora. Curitiba, 2014.

Indo além, os crimes virtuais podem interferir na administração e defesa do Estado. Visando à proteção do território brasileiro, foi aprovada a Doutrina Militar de Defesa Cibernética (MD 31-M07), que tem como objetivo um aprimoramento da atuação do Ministério da Defesa e das Forças Armadas contra atentados virtuais à segurança nacional.

As ações têm como principais atuações o ataque para impedir, destruir ou degradar informações ou sistemas; a proteção, neutralizando ataques ao sistema nacional e exploração cibernética para aperfeiçoamento dos sistemas e melhoramento de desempenho, conforme CORDEIRO<sup>24</sup>. O que nas palavras de CEPIK<sup>25</sup>, são táticas de segurança informacional: contra medidas de segurança (SCM), contra inteligência (CI) e segurança de operações (Opsec).

### **3.4 Punição de Cibercrimes**

Como já mencionado, pela utilização analógica do Código Penal para crimes cibernéticos por meio do computador, as penas variam conforme o tipo penal utilizado. Lei como a 12.737/2012 que prevê as penas de detenção e reclusão, com possibilidade de aumento de pena no caso de o crime ser contra pessoas e órgãos determinados. Mas, mesmo com tais previsões, o que prospera atualmente é a impunidade. Pois a identificação dos autores é o grande problema.

Sobre isso, Oliveira e outros<sup>26</sup> apontam:

O número de ocorrências relacionadas a esse “novo” delito só aumenta, uma vez que, a internet ficou popularizada como “a terra sem leis”, devido à grande dificuldade para que o autor do crime seja identificado e localizado pela polícia, necessitando a mesma de um policiamento técnico especializado em conhecimentos de informática.

A pouca fiscalização, que, na maioria das vezes, é realizada por agentes não especializados nas tecnologias digitais, não contribui para que exista uma verdadeira repressão à prática de crimes virtuais, sendo a impunidade um dos motivos principais para explicar o aumento dos cibercrimes.

---

24 CORDEIRO, Luís Eduardo Pombo Celles. Análise da doutrina militar de defesa cibernética a luz do DIH/DICA. 2016. Universidade da Força Aérea.

25 CEPIK, Marco. Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

26 OLIVEIRA, Bruna Machado de; MATTOS, Karoline Reis; SIQUEIRA, Marcela Scheuer e OLIVEIRA, Nathalia. CRIMES VIRTUAIS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. Pensando Direito: Revista do Curso em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo, 2017. ISSN versão eletrônica 2447-3664. Disponível em: < <http://local.cneccsan.edu.br/revista/index.php/direito/index>>. Acesso em: maio de 2018.

## **Considerações finais**

Como demonstrado no decorrer de todo o trabalho, a internet e as mídias digitais se tornaram tão importantes que não é mais possível imaginar uma sociedade sem essas ferramentas, que, a cada dia, se modernizam e se tornam cada vez mais essenciais à vida em sociedade. Com essa nova realidade de interação entre espaço real, material, mundo físico, lugar que os seres humanos vivem, o espaço virtual, intangível, onde as relações têm sido desenvolvidas, o Direito deve-se fazer presente para que as condutas, em ambos os espaços material e virtual, respeitem os direitos de terceiros e permitam a maior harmonia quanto possível.

Com isso, as maiores dificuldades do Direito são: a falta de legislação nacional específica, pois apenas condutas tipificadas são consideradas crimes; a evolução constante das ferramentas tecnológicas, que permitem diversas modalidades de crimes e a tentativa de ajustar as novas legislações às realidades, o que pode retirar a segurança jurídica da lei.

Definir o alcance do ato criminoso, por ser um sistema mundial; os efeitos de crimes virtuais não são limitados, dentre tantos outros questionamentos que podem ser levantados. Novos termos, até então desconhecidos, passaram a descrever os sujeitos que cometem crimes e suas ferramentas, levando à subdivisão de crimes virtuais entre crimes de computador e contra o computador.

São diversas mudanças que, aparentemente, não é possível a aplicação do Código Penal para a proteção de direitos violados no ciberespaço, tendo em vista que o atual CP data de 1940, época em que nem existiam ferramentas eletrônicas com o alcance dos dias atuais, já não se adequando mais à realidade.

Em uma leitura constitucional do cenário atual, é necessário que exista uma lei específica sobre os crimes virtuais, como forma de efetivar o princípio da legalidade e ser possível a tipificação penal das condutas. Porém, não existem garantias de que novas leis seriam suficientes para regular o uso e condutas nas mídias.

O Brasil já possui uma grande quantidade de normas, muitas delas desconhecidas e que acabam deixando de ser eficazes. Atualmente, a celeridade na resolução dos conflitos se tornou um dos objetivos do poder público como um todo e criar uma lei, que teria que ser modificada constantemente, acabaria ferindo a rapidez buscada no ordenamento, retirando a segurança jurídica e tornaria a punição e repressão mais tardias.

É necessária a regulamentação e tipificação de condutas lesivas a direitos de terceiros; o CP foi e continua sendo a principal lei sobre criminalização, mas a criação de uma lei, sob o argumento de cumprir o princípio da legalidade que, no entanto, na realidade pode se tornar inutilizada, apenas desmerece o ordenamento jurídico. Investir em mecanismos que possam ser aplicados com a legislação já existente e permitir a punição de tais crimes parece ser o mais importante em primeiro momento.

Com o aprimoramento de todo o sistema investigativo e punitivo, uma lei que trate especificamente de crimes virtuais virá para ser realmente utilizada, e não para trazer uma falsa sensação de segurança, o que acontece com a maioria das leis criadas, mas que não são pensadas para serem eficientes a longo prazo.

### **Referências das Fontes de Citadas**

\_\_\_\_\_. Governo e Microsoft unem esforços em favor da segurança cibernética. 2016. Disponível em: < [www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/governo-e-microsoft-unem-esim-favor-da-segurnacaforcos--cibernetica](http://www.planejamento.gov.br/assuntos/logistica-e-tecnologia-da-informacao/noticias/governo-e-microsoft-unem-esim-favor-da-segurnacaforcos--cibernetica)>. Acesso em 25/05/2018 às 13h: 21min.

\_\_\_\_\_. Lei 12.737/2012. Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/lei/1/2373.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/1/2373.htm)> Acesso em 23/05/2018 às 22h: 51min.

\_\_\_\_\_. Lei nº 2.848 de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10/05/2018, às 10h: 20min.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.906 de 1998. Lei de Software. Disponível em >. Acesso em 20/05/2018, às 10h: 45min.

ARAS, Vladimir. Crimes de informática: Uma nova criminalidade. Jus Navigandi, Teresinha, ano 6, n 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2250>>. Acesso em: maio de 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAMPOS, Luíz. CANAVEZES, Sara. Introdução à globalização. 2007. Instituto Bento Jesus Caraça. Departamento de Formação da CGTP-IN.

CEPIK, Marco. Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

CORDEIRO, Luís Eduardo Pombo Celles. Análise da doutrina militar de defesa cibernética à luz do DIH/DICA. 2016. Universidade da Força Aérea.

DE CARVALHO, Daniel Leal. DE SOUZA, Marta Alves. DA COSTA, Helder Rodrigues. 2011. Crime Virtual: Crescimento e Falta de Leis Específicas. Disponível em: <[http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta\\_upload/artigos/a13.pdf](http://revistapensar.com.br/tecnologia/pasta_upload/artigos/a13.pdf)>. Acesso em 20/05/18 às 23h:18min.

FERREIRA, Ivette Senise. Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes. 2 ed. São Paulo: QuartierLatin.

FLORENZANO, Cláudio. 62 milhões de pessoas foram vítimas de crimes virtuais no Brasil em 2017. Disponível em: <<https://www.cbsi.net.br/2018/02/62-milhoes-de-pessoas-foram-vitimas-de.html>>. Acesso em: maio de 2018.

GRAZEL, Grasiel Felipe. O que é scam? 2014. Disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/post/12716-o-que-e-scam>>. Acesso em: maio de 2018.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, p. 17, 1999.

LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. 2018. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15260&revista\\_caderno=3](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15260&revista_caderno=3)>. Acesso em 20/05/18 às 09h: 28 min.

MARINELA, Fernanda. Direito administrativo. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. A nova lei Carolina Dieckmann. 2018. Disponível em: <<http://googleweblight.com/i?u=https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann&hl=pt-BR>>. Acesso em: maio de 2018.

SALIB, Marta Luíza Leszczynski. Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional, a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado. Juruá Editora. Curitiba, 2014.

SALLES, Aline Sueli de. DEVEGILI, Augusto Jun. Segurança e autenticidade: a criptografia e sua relação com o Direito. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2002-out-3/conceitos\\_criptografia\\_relacao\\_direito](https://www.conjur.com.br/2002-out-3/conceitos_criptografia_relacao_direito)>. Acesso: maio 2018.

STJ - CC: 107938 RS 2009/0183264-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 27/10/2010, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 08/11/2010.

STJ – CC: 150564 MG 2016/0338448-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DATA DE JULGAMENTO: 26/04/2017, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 02/05/2017.

TAIT, Tania Fatima Calvi. Evolução da Internet: do início secreto à explosão mundial. Artigo publicado no Informativo PET informática. Agosto de 2007.

# **O ABORTO LEGAL EM CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA A MULHER: Uma análise na Maternidade Municipal Mãe Esperança**

Daiane Castro Rosano<sup>1</sup>

Pedro Abib Hecktheuer<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo aborda a importância do aborto legal em vítimas de violência sexual. Com o objetivo de oferecer uma reflexão a todos os envolvidos na realização do procedimento, procurando facilitar a visão ética e demonstrar as implicações psicológicas sofridas pelas vítimas, buscando maior investimento do Estado em programas informativos e em atenção humanizada. Por meio de pesquisas teóricas e empíricas realizada na Maternidade Municipal Mãe Esperança de Porto Velho, que em relação a esses atendimentos é referência no Município. Vem demonstrar as dificuldades enfrentadas pelas vítimas que necessitam do apoio da justiça e das equipes interdisciplinares para a realização do aborto na forma legalizada. Compreender a importância do assunto na realidade brasileira e a sua aplicação no ordenamento vigente, por meio da dignidade da pessoa humana que se encontra assentada, principalmente, na concretização dos direitos à igualdade e à liberdade, que são alguns dos princípios basilares inseridos na CRFB/88.

**palavras-chaves: Aborto Legal; Violência Sexual; Atenção Humanizada.**

## **ABSTRACT**

This article addresses the importance of legal abortion in victims of sexual violence. With the aim of offering a reflection to all those involved in carrying out the procedure, seeking to facilitate the ethical vision and demonstrate the psychological implications suffered by the victims, seeking greater investment by the State in information programs and humanized attention. Through theoretical and empirical research carried out at the Mãe Esperança Municipal Maternity Hospital in Porto Velho, which in relation to these services is a reference in the Municipality. It demonstrates the difficulties faced by victims who need the support of justice and interdisciplinary teams to carry out abortion legally. To understand the importance of the subject in the Brazilian reality and its application in the current order, through the dignity of the

---

1 Bacharel em Direito na Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: daiane.rosano@sou.fcr.edu.br

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO); Líder dos Grupos de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br.

human person that is based, mainly, in the realization of the rights to equality and freedom, which are some of the basic principles inserted in the CRFB / 88.

**keywords: Legal Abortion; Sexual Violence; Humanized Attention.**

## **Introdução**

A luta pelos direitos da mulher, com o objetivo de erradicação de todas as formas de discriminação principalmente as relacionadas a casos de violência sexual, constitui compromisso dos estados democráticos de direito. O Brasil como um país democrático tem como um dos princípios básicos promover o bem-estar de todos os cidadãos - sem distinção, não pode quedar-se alheio ao fenômeno da desigualdade histórica, social e jurídica de que foram alvo as mulheres.

É importante destacar que a Constituição Federal de 1988 foi uma grande conquista em relação aos direitos das mulheres, sendo então fundamental em relação à igualdade dos direitos e deveres entre homens e mulheres conforme menciona o seu artigo 5º, I, que até então, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro. Dispõe o artigo 226, parágrafo 8º da CRFB/ 88<sup>3</sup> que “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”. Tal conquista foi um grande marco, pois se reconheceu o fenômeno da violência familiar e doméstica contra a mulher, que já vinha sendo sistematicamente denunciado pelos movimentos feministas, desde os anos 70 e 80.

Este artigo tem por objetivo demonstrar por meio de pesquisas teóricas e empíricas realizadas na Maternidade Municipal Mãe Esperança de Porto Velho/RO a importância da realização do aborto legal em vítimas de violência sexual. Oferecendo maior reflexão a todos os envolvidos na realização do procedimento, demonstrando os problemas enfrentados diariamente pelas vítimas, que por diversas vezes não possuem o devido conhecimento do seu direito.

Cabe frisar que o aborto legal em casos de violência sexual contra a mulher é legalmente autorizado; conforme previsto pelo Código Penal de 1940, contudo esse procedimento só foi inserido na rede pública de saúde no ano de 1989, ou seja, 49 anos depois. Já no ano de 2013 foi instituído um grande avanço com a criação e vigência da

---

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, Diário Oficial da União, Brasília, DF, Out, 1988.

lei 12.845, que aborda o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual e orientando os profissionais de saúde na realização do atendimento em relação à interrupção da gestação dentro dos meios legais.

O tratamento dos agravos e a sua prevenção em decorrência das violências sexuais vividas por mulheres, adolescentes e a atenção humanizada ao abortamento são os dois serviços orientados pelas normas técnicas do Ministério da Saúde, que vem caminhando há mais de 20 anos para implantação e ampliação de estudos para a redução da mortalidade materna e neonatal no País. Buscando promover um estudo sobre as dificuldades enfrentadas por essas mulheres vítimas de violência sexual que resultaram em gravidez e necessitam do apoio da justiça, além das equipes interdisciplinares para a realização do aborto em sua forma legalizada<sup>4</sup>.

O estudo foi realizado através da metodologia de revisão bibliográfica em livros, reportagens e textos que versem sobre este conteúdo que é tão discutido e debatido. Esta pesquisa não pretende apresentar soluções ou conclusões definitivas sobre o tema, mas sim demonstrar um panorama de acontecimentos atuais sob uma visão de tendências variadas e também históricas. Objetivando uma aproximação maior entre o ordenamento jurídico brasileiro e a realidade social, alertando para o fato de que, inúmeras mulheres brasileiras morrem por ano em consequência da prática do aborto provocado, realizado de forma clandestina, em decorrência do desconhecimento da lei, devido à falta de investimentos do Estado em programas informativos e em atenção humanizada.

Por fim, é fundamental que cada profissional reconheça que a humanização independe de seus preceitos religiosos, morais, preservando assim sua conduta ética, além de garantir a todos um atendimento igualitário e humanístico. Orientando as gestantes em relação às suas necessidades de saúde físicas e mentais, promovendo a atenção clínica adequada ao abortamento em caso de estupro e suas complicações, de acordo com referenciais bioéticos, éticos e legais.

## **1 A Carência de Informações sobre o Aborto Legal**

---

4 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica/ Ministério da Saúde. Secretarias de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. Ed. atual. e ampl., 1. Reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. . 124 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; Caderno n. 6)Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)>

O aborto legal é autorizado por meio da legislação brasileira; mediante duas circunstâncias, sendo: no momento em que a gravidez se constitui perigo para a vida a mulher, chamado de aborto necessário, terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo), inserido no Art. 128, I, CP; quando a gestação é decorrente de violência sexual chamado de aborto sentimental ou humanitário, de acordo com o Art. 128, II, CP; Já nos casos de gestação de feto anencefálico o tema foi votado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 54, aprovando a hipótese de aborto com a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos<sup>5</sup>.

No assunto em questão será aprofundada a legalidade do aborto em caso de gravidez resultante de estupro. Masson<sup>6</sup> entende que depende de três requisitos cumulativos para caracterizá-lo: “(1) Ser praticado por médico; (2) Consentimento válido da gestante ou de seu responsável legal, se for incapaz; e (3) Gravidez resultante de estupro”.

O aborto praticado nesses casos e suas problemáticas são pontos centrais na discussão da saúde da mulher, somado aos seus direitos sexuais. Esse assunto é conteúdo de legislações específicas, aplicações em políticas públicas e de programas de saúde que, de algum modo, vêm sendo implantados no país desde os anos 80. Em relatos históricos, a violência contra a mulher teve seu início desde os tempos bíblicos, passando por diversas e gravíssimas violações em seus direitos dos modos mais elementares, como o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade e ao uso de seu próprio corpo sem sua aceitação.

O aborto provocado é uma das principais causas de mortalidade materna em países, nos quais ocorrem ilegalidades para a sua realização, principalmente em casos de serem executados por pessoas não qualificadas para realizarem tais procedimentos. Tendo como uma das principais causas de internação hospitalar, a falta de informações confiáveis. Existe o consenso de que o aborto provocado é um problema de saúde pública. Tendo-se a estimativa de que ocorra, considerando apenas no Brasil,

---

5 SELIGMAN, Felipe e NUBLAT, Johanna (12 de abril de 2012). «Maioria do STF é favorável ao aborto de anencéfalos». Folha de S. Paulo. Consultado em 12 de abril de 2012. Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto\\_no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil)>. Data de Publicação editada em 04 jun 2018. Acesso em 14 jun 2018.

6 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado: parte especial. Vol. 2, 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://2014direitounic.files.wordpress.com/2016/02/cleber-masson-direito-penal-esquematizado-vol-2-20152.pdf>>

um milhão de abortos induzidos ao ano. Sendo um índice alarmante e devendo ser tema primordial de apreciação governamental.<sup>7</sup> Segundo Lone Aguiar<sup>8</sup> de acordo com a pesquisa do IBGE (2013),

O Nordeste do País é o local onde mais são realizadas as práticas abortivas - com a estimativa de 419 mil (quatrocentos e dezenove) abortos ao ano equivalente a 39.2%. Em seguida, vem o Sudeste com a realização de 412 mil (38.5%); em sequência, o Norte apresentando 108 mil (10.1%); na sequência, o Sul com a prática de 74 mil (6.9%); por fim, o Centro-Oeste - 55 mil (5.1%). Dentre um milhão de abortos praticados no Brasil anualmente, somente 10% (dez) destes são realizados em mulheres com o ensino superior completo; 33% (trinta e três) com ensino médio completo; 24% (vinte e quatro) com o ensino fundamental completo, e 33% (trinta e três) em mulheres sem nenhum tipo de instrução.

O perigo de morte ou lesões permanentes como sequelas do aborto clandestino, depende não apenas da clandestinidade em si, mas especialmente do poder aquisitivo da mulher. Por falta de informações necessárias, muitas vítimas ainda insistem em realizá-lo de forma clandestina, mesmo estando em vigor a lei inserida no Código Penal Brasileiro<sup>9</sup> em seu artigo 128, do Decreto - Lei nº 2848 de 1940, que fala:

Não se pune o aborto praticado por médico: I - Se não há outra maneira de salvar a vida da gestante; II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal.

É importante ressaltar que os índices das pesquisas realizadas sobre os casos de abortos clandestinos infelizmente acabam sendo apenas estimativas, pois, na realidade, o número é bem superior, levando em conta que muitas mulheres não denunciam por medo ou outros motivos, de acordo com a estatística que coloca o aborto como a quinta causa de mortalidade materna no Brasil, conforme menciona o Conselho Federal de Medicina<sup>10</sup>.

---

7 GRANJEIA, Julianna. Governo afirma à ONU que aborto clandestino no país é problema de saúde pública. Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>>. Data da Publicação: 10 mar. 2016. Acesso em: 27 out. 2017.

8 AGUIAR, Lone. Veja onde se faz mais aborto no Brasil, de acordo com o IBGE. Revista Huffpost Brasil. Disponível em: <[http://huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-maisaborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge\\_a\\_21694557/](http://huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-maisaborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/)>. Data da Publicação em 21 ago. 2015. Atualizado em 27 jan 2017. Acesso em: 24 set. 2017.

9 BRASIL. Decreto - Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, Dez, 1940.

10 GRANJEIA, Julianna. Governo afirma à ONU que aborto clandestino no país é problema de saúde pública. Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>>. Data da Publicação: 10 mar. 2016. Acesso em: 27 out. 2017.

Para abarcar diversos aspectos sociais, culturais, econômicos, jurídicos, religiosos e ideológicos, assuntos que incitam a passionalidade e a dissensão sobre consideráveis aspectos, deve-se se atentar a atingir e buscar soluções através de: (1) diversos investimentos em educação; (2) em informações vitais no aprimoramento da capacidade crítica; (3) o comprometimento constante do Estado, dos profissionais de saúde e da sociedade em geral, se embasando no ordenamento jurídico nacional e em alguns de seus mais basilares princípios, tais como: a democracia, a laicidade do Estado, a igualdade de gênero e a dignidade da pessoa humana. Conforme descrito na Constituição Brasileira<sup>11</sup> de 1988, no seu artigo 227º.

Parte das mulheres que pretendem realizar o aborto, são em decorrência de violência sexual, praticada por desconhecido, pelo parceiro ou até mesmo por outro membro em âmbito doméstico ou intrafamiliar. “Conforme dados de 2014 do Instituto de Pesquisas Econômicas e Aplicadas (Ipea), 70% dos estupros são cometidos por parentes, namorados ou amigos da vítima”<sup>12</sup>. Independente das dificuldades culturais, religiosas, legais e morais que inibem as mulheres a declararem seus abortamentos, sabe-se que ele é praticado com o uso de meios diversos (como métodos usuais em abortamentos inseguros, a inserção de preparos herbais, dentre outras formas de risco), muitas vezes induzidos pela própria mulher e realizados em condições inseguras, em geral acarretando consequências danosas à saúde, podendo, inclusive, levar à morte da gestante.

O Ministério da Saúde, buscando a primazia dos direitos humanos e considerando as reivindicações dos movimentos feministas, que são fortes na luta histórica por tais direitos, que ganhou nos últimos anos, aparente e inexorável fôlego no compromisso com a garantia dos direitos reprodutivos e dos direitos sexuais das mulheres. Assim buscando pelo zelo no seguimento dos acordos internacionais, dos quais o Brasil é signatário e pela legislação nacional vigente, com destaque para a aplicação de garantias constitucionais e pela recente Lei Maria da Penha, como sendo

---

11 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, Diário Oficial da União, Brasília, DF, Out, 1988. Artigo 227º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

12 GABRIELE. Duarte. Quando escolher é um direito. Revista clicRBS – Notícias, esporte, jogos, vídeos, blogs e muito mais do RS e do mundo. Disponível em: <[http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc\\_aborto\\_legal/index.html](http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc_aborto_legal/index.html)>. Data da Publicação: 03 jan. 2017. Acesso em: 27 out. 2017.

marco político primordial no enfrentamento não somente à violência doméstica em geral, mas também ao estupro ocorrido no ambiente doméstico, que em grande parte provocam gestações incestuosas, com isso produzindo traumas indelévels em crianças e adolescentes<sup>13</sup>.

É indubitável que a violência de gênero, entre elas a violência sexual contra mulheres e adolescentes, ocasionam um grande impacto na vida produtiva e na saúde psíquica e física das vítimas, na de seus filhos e demais membros da família. Dessa forma, a polícia, o judiciário, os serviços de apoio social, além dos da saúde, devem trabalhar juntos para enfrentarem o problema da violência de gênero. As mulheres e adolescentes agredidas vivenciam diariamente situações de medo, pânico, baixo autoestima, perda da autonomia e, muitas vezes, fragilidade emocional, que abrem margem para quadros clínicos como depressão, síndrome do pânico, entre outros.

Vale ressaltar que, em países como o Chile e El Salvador, onde o aborto é proibido por lei ou norma religiosa, não há queda da taxa total de abortos, pelo contrário, estudos demonstram um efeito direto entre a proibição e o aumento das taxas de abortamentos clandestinos e inseguros, e logo, da mortalidade materna. Tendo em vista que a mortalidade representa apenas uma fração dessa problemática, os índices referentes à hospitalização por consequências do abortamento confirmam sua magnitude. De acordo com o Ministério da Saúde a curetagem pós-abortamento representa o terceiro procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação da rede pública do País<sup>14</sup>.

Fica patente que no Brasil, a prática do aborto traduz uma evidente expressão das desigualdades sociais, mesmo que compartilhe uma situação ante a ilegalidade; as mulheres seguem diferentes trajetórias para a realização de sua intervenção. Tendo em vista que poucas delas podem arcar com os custos de um abortamento rápido, seguro e sem riscos. Conforme já abordado anteriormente, grande parcela da população feminina

---

13 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica/ Ministério da Saúde. Secretarias de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. Ed. atual. e ampl., 1. Reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. . 124 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; Caderno n. 6) Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)>

14 MARIA, Iaci. DIREITO AO ABORTO: Aborto legal x aborto ilegal: a realidade pelo mundo afora. Jornal Esquerda Diário. Disponível em <<http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>>Data de Publicação em 14 de novembro de 2015. Realizado o acesso em 13 de jun 2018.

recorre a estratégias inseguras que frequentemente se complicam e acarretam mortes maternas por abortamento.

Para a redução da mortalidade materna, o SUS e a Maternidade Municipal Mãe Esperança trabalham para melhorar a saúde das gestantes, a promoção da igualdade entre os sexos e a valorização das mulheres. Nesses aspectos, faz-se necessário superar a discriminação e a desumanização do atendimento às mulheres em situação de abortamento, ainda uma triste realidade, em alguns serviços públicos do País. É fundamental reconhecer que a qualidade da atenção desejada inclui aspectos que envolvem a sua humanização, estimulando profissionais, independentemente dos seus preceitos religiosos e morais, a preservarem uma postura ética, garantindo assim o respeito aos direitos humanos das mulheres.

## **2. A Escassez de Profissionais Favoráveis à Realização do Aborto Legal**

A questão de interrupção da gestação em vítimas de violência ainda é muito grave em nosso país, pois geram diversas dúvidas até os dias de hoje, sendo algumas delas sobre as informações como: os locais em que estas gestantes devem ser encaminhadas e quem deve atendê-las. Alguns hospitais do Brasil que não possuem um centro de referência em questão, negam-se a realizar os referidos atendimentos e até os próprios profissionais da área médica não se comprometem a executar a interrupção da gestação. Uma vez que o Código de Ética Médica<sup>15</sup> lhes faculta o direito de não fazê-lo, assim como o de recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Ou seja, o médico tem a possibilidade de recusar a realização do abortamento caso queira. Por outro lado o Art.13 §2º do Código Penal aborda que a recusa ao atendimento á vítima é caracterizada como omissão de socorro. Conforme menciona Rogério Greco<sup>16</sup>:

Em 1º de agosto de 2013, foi editada a Lei nº 12.845, que dispôs sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoal em situação de violência sexual, considerando como tal aquelas, para efeitos da mencionada lei, que tenham sido vítimas de atividade sexual não consentida, como é o caso do delito de estupro que tenha resultado em gravidez.

---

15 BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Confiança para o médico, segurança para o paciente. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>>Capítulo II. IX – Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Brasília, 17 de setembro de 2009.

16 GRECO, Rogério. Código Penal: comentado – 8. Ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2014.

Em virtude disso, aquela mulher que deveria receber um atendimento diferenciado - acaba buscando clínicas clandestinas, que por diversas vezes estão sem condições mínimas de higiene, e até de fato curiosas, com todas as consequências trágicas que podem ocorrer. Diante disso Wagner Lopes Sanchez<sup>17</sup> fala:

No Brasil, apesar do Código Penal não punir o abortamento nesses casos, há quase 60 anos a interrupção dessas gestações tem sido feita de forma excepcional pelos serviços públicos de saúde. Até o início da década de 80, a Universidade estadual de Campinas (Unicamp) era o único serviço que realizava a interrupção dessas gestações. Apenas em 1989 foi implementado o primeiro programa público para atender a essas mulheres, no Hospital Municipal Arthur Ribeiro de Saboya, em São Paulo. Trilhando o exemplo dessas instituições, atualmente mais de 30 hospitais brasileiros oferecem a possibilidade de interrupção das gestações decorrentes de estupro.

Foi dentro destas circunstâncias que, a partir de julho de 2006, a Maternidade Municipal Mãe Esperança de Porto Velho - RO passou a estudar uma maneira de prestar um melhor atendimento e serviço às gestantes vítimas de estupro, resultante de violência sexual.

Devido aos casos que ocorrem anualmente, foi criado nesta maternidade um programa complexo voltado para o atendimento da mulher gestante vítima de estupro e que deseja interromper a gestação. Isso ocorreu por se saber que grande parte dos serviços de saúde não está preparada para atender às mulheres vítimas de violência e, particularmente, os casos de estupro, um fenômeno marcado pelo silêncio, pela dor e o trauma das vítimas.

A Maternidade Municipal Mãe Esperança visando minimizar a dor e o sofrimento vivido pela gestante oferece um serviço humanizado com atendimentos pela área psicológica, assistência social e hospitalar, dessa forma, respeitando sempre a vontade da mãe em suas decisões em questão ao aborto, trata – se de um serviço público realizado para todas as classes sociais e sem distinção, sendo referência no Estado de Rondônia e seguindo o Decreto nº 7.958 de 13 de março de 2013<sup>18</sup>.

---

17 SANCHEZ, W. L. (Des) Encontros dos Deuses. CNBB e pluralismo religioso no Brasil: Um debate a partir dos Encontros Intereclesiais de CEBs (1992-1997). Uma síntese. REB. Revista Eclesiástica Brasileira, Petrópolis, v. 62, n.246, 2002, p. 491-493. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000300004)>, Data de Publicação em 25 de set 2003. Realizado o acesso em 13 de jun 2018.

18 BRASIL. Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013. Dispõe sobre as diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Mar, 2013.

De acordo com a lei e a Norma Técnica do Ministério da Saúde<sup>19</sup> não se exige autorização judicial, nem a realização do boletim de ocorrência e exame de corpo de delito para a realização do aborto legal; conforme os casos previstos no artigo 128, I e II do Código Penal brasileiro, no entanto, ele é corriqueiramente solicitado para a realização dos serviços médicos, caso a vítima tenha algum documento de comprovação, mas caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento.

Ressalta-se que a norma técnica redigida pelo Ministério da Saúde afirma que a mulher que sofre violência sexual não tem o dever de noticiar o fato à polícia, já que, a palavra da mulher que busca o serviço de saúde afirmando ter sofrido violência, deve ter credibilidade ética e legalmente, com isso devendo ser recebida como presunção de veracidade. Diante disso Cleber Masson<sup>20</sup> diz que:

É prescindível a condenação e até mesmo a ação penal pelo crime de estupro. Basta ao médico a presença de provas seguras acerca da existência do crime, tais como boletim de ocorrência, declaração da mulher e depoimento de testemunhas, inquérito policial, etc. Em suma, não se exige autorização judicial para a exclusão da ilicitude. Tratando-se de norma favorável ao médico, deve ser interpretada restritivamente. O dispositivo legal não faz essa exigência, razão pela qual as condições do aborto não podem ser aumentadas.

Sabemos que na prática, em alguns casos, não é tão fácil assim, a mulher que precisa desse tipo de assistência em alguns hospitais não consegue tão rápido. Este fato é condizente com o temor dos médicos de serem acusados pela justiça de estarem interrompendo uma gestação, que na realidade não foi resultado de estupro. Sabemos que esse medo não é justificado, porque, caso o médico realize o procedimento; sendo induzido a erro pela vítima ao indicar aborto legal, justificado pelas circunstâncias, assim estará caracterizada a descriminante putativa prevista no artigo 20, § 1º do Código

---

19 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica/ Ministério da Saúde. Secretarias de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. Ed. atual. e ampl., 1. Reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. . 124 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; Caderno n. 6) Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)>

20 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado: parte especial. Vol. 2, 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 85. Disponível em: <https://2014direitounic.files.wordpress.com/2016/02/cleber-masson-direito-penal-esquematizado-vol-2-20152.pdf>,

Penal<sup>21</sup>, e o médico ficará isento de pena. Já a gestante responderá pelo crime de aborto (CP, art. 124) e de comunicação falsa de crime (CP, art. 340).

Observa-se que a Maternidade Municipal Mãe Esperança de Porto Velho (MMME) é referência em casos de pacientes vítimas de violência sexual que resultam em gravidez, de acordo com os seus registros foi realizado: no ano de 2015, quatro procedimentos; em 2016, onze procedimentos; e em 2017, cinco procedimentos de abortos legais em vítimas de violência sexual. Após entrevista foi confirmado pelo setor psicossocial da MMME que não é solicitado das pacientes nenhum tipo de comprovação para a realização dos abortos, pois a mesma antes de sua realização passa por minuciosas entrevistas pela equipe de assistência social e psicológica. Diante dos relatos, na maioria das vezes se consegue verificar a veracidade dos fatos e o direito da vítima para realização do procedimento, após o cumprimento de todos os procedimentos legais necessários, a gestante que esteja antes de 20 (vinte) semanas de gestação ou com feto de até 500g, é encaminhada para a realização do aborto legal.

Para a realização do aborto legal, o profissional de saúde não necessita comunicar o fato à autoridade policial, judicial, nem ao Ministério Público, pois o sigilo na prática profissional da assistência à saúde é um dever legal e ético, salvo para proteção da usuária e com o seu consentimento. Cabe ressaltar que, o descumprimento da norma legal pode ocasionar em um procedimento criminal, civil e ético-profissional contra quem revelou a informação, conseqüentemente respondendo por todos os danos causados à mulher.

## **2.1 A Realização do Aborto Legal em Menores**

No primeiro atendimento é realizada a triagem que se faz necessário para que sejam esclarecidas todas as dúvidas em relação ao procedimento cirúrgico do aborto e saber se é realmente o que a vítima de violência sexual deseja. O consentimento da mulher é necessário para o aborto em quaisquer circunstâncias, salvo em caso de iminente risco de vida, estando assim à mulher impossibilitada para expressar seu consentimento. Alguns dos obstáculos enfrentados pela Maternidade Municipal Mãe Esperança, são os casos de vítimas menores de 18 anos, que são realizados por meio de suporte psicossocial à família e à adolescente. Havendo a necessidade de que entrem em

---

21 BRASIL. Decreto - Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, Dez, 1940.

consenso para a realização ou não do aborto ou até mesmo, em último caso, encaminhando a situação ao Conselho Tutelar ou para a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, que deverão, através do devido processo legal, solucionar a questão em tela.

Para Masson<sup>22</sup> “é imprescindível o consentimento válido da gestante ou de seu representante legal, quando incapaz, pois somente ela tem conhecimento da dimensão da rejeição que possui contra o feto”. De acordo com o Código Civil de 2002<sup>23</sup> em seus artigos 3º, 4º, 5º, 1.690º, 1.728º e 1.767º a partir dos 18 anos, a mulher é capaz de consentir sozinha; a partir dos 16 e antes dos 18 anos, a adolescente deve ser assistida pelos pais ou por seu representante legal, que se manifestam com ela; e antes de completar 16 anos, a adolescente ou criança deve ser representada pelos pais ou por seu representante legal, que se manifestam por ela.

O outro embasamento em que é necessário o consentimento de representante legal para a realização do aborto em caso de violência refere-se à mulher que, por qualquer razão, não tenha condições de discernimento e de expressão de sua vontade, com isso sendo realizada sua autorização por meio do curador (a) ou tutor (a). Conforme a Portaria n. 1.508<sup>24</sup> de 1º de setembro de 2005,

De qualquer maneira, sempre que a mulher ou adolescente tiver condições de discernimento e de expressar sua vontade, deverá também consentir, assim como deverá ser respeitada a sua vontade se não consentir com o aborto, que não deverá ser praticado, ainda que os seus representantes legais assim o queiram.

Vale ressaltarmos que os casos de violência sexual estão presentes na maior parte em casos de violência física e que estes costumam acontecer de forma sistemática e não isolada. Sendo fundamental respeitar a autonomia, individualidade e os direitos de cada pessoa em situações de violência sexual, resguardando sua identidade e integridade moral, além da psicológica, tanto no espaço da instituição, quanto no espaço público (junto à mídia, à comunidade, dentre outros).

---

22 MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado: parte especial. Vol. 2, 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 84. Disponível em: <<https://2014direitounic.files.wordpress.com/2016/02/cleber-masson-direito-penal-esquematizado-vol-2-20152.pdf>>

23 BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Jan, 2002.

24 BRASIL. Portaria n. 1.508 de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, Set, 2005.

A notificação compulsória para os casos de violência contra a mulher atendidos nos serviços de saúde têm caráter sigiloso e a identificação da vítima de violência fora do âmbito dos serviços de saúde, somente poderá ocorrer, em caráter excepcional, nos casos de riscos à comunidade ou para a vítima, assim julgados pela autoridade sanitária e com conhecimento prévio da vítima ou do seu responsável, conforme legislação em vigor<sup>25</sup>.

Da mesma forma, deve-se respeitar a vontade da vítima em não compartilhar sua história com familiares e outras pessoas. No caso de crianças e adolescentes a lei fala que cabe ao profissional de saúde notificar o Conselho Tutelar nos procedimentos suspeitos ou confirmados, com fulcro no artigo 13º Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>26</sup> (ECA) da Lei nº 8.069/90,

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.

São lícitos os avanços alcançados, ainda que insuficientes, apontam o crescimento do número de serviços de referência para o atendimento ao abortamento previsto em lei e mobilizações através da implantação de redes na atenção integral à saúde das mulheres e adolescentes - em situação de violência doméstica ou sexual - articulada e organizada por Estados, Municípios e pelo Governo Federal.

### **Considerações Finais**

Apesar do enorme avanço que representou a norma técnica, a garantia de acesso das mulheres que sofreram violência sexual a terem um atendimento integral e de qualidade, ainda representa um desafio em alguns hospitais e maternidades do Brasil. De acordo com os profissionais de saúde que prestam serviço na Maternidade Municipal Mãe Esperança e que estão envolvidos neste tipo de assistência diária ao

---

25 Lei n. 10.778 de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Nov, 2003. Art. 3º, parágrafo único, A notificação compulsória dos casos de violência de que trata esta Lei tem caráter sigiloso, obrigando nesse sentido as autoridades sanitárias que a tenham recebido. Parágrafo único. A identificação da vítima de violência referida nesta Lei, fora do âmbito dos serviços de saúde, somente poderá efetivar-se, em caráter excepcional, em caso de risco à comunidade ou à vítima, a juízo da autoridade sanitária e com conhecimento prévio da vítima ou do seu responsável.

26 Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Jul, 1990.

abortamento, em casos de violência contra a mulher, demonstraram a complexidade do assunto e os desafios enfrentados pela falta de informações e instruções que as pacientes possuem até chegarem à maternidade. Foi demonstrando a equipe interdisciplinar, por meio do presente trabalho, a importância do atendimento humanizado às pacientes para a realização dos procedimentos, abordando a visão ética e demonstrando as implicações psicológicas sofridas pelas vítimas.

Esses profissionais se depararam com diversos elementos como a hierarquia do trabalho da equipe de saúde, falta de informações por parte das gestantes, os conflitos internos, somado também à influência religiosa e determinação jurídica embasada na lei - para a realização do procedimento.

Ante o exposto, verifica-se a importância da temática abordada em relações ao atendimento à mulher vítima de violência sexual que necessita realizar o aborto. Através da pesquisa realizada foi verificada a necessidade da criação de um serviço de denúncia que poderia ajudar a minimizar as notificações realizadas posteriormente ou até mesmo o incentivo da denúncia, que acabam não ocorrendo, por vergonha da vítima em relatar os fatos.

Tal medida poderia facilitar a criação de um banco de dados, assim viabilizando uma estratégia mais eficiente na prevenção e combate deste crime que tanto afeta a saúde pública. Fato que não pode ser negligenciado é o constante suporte técnico e psicológico às equipes de atendimento e médica, no sentido de que não se deve hesitar o oferecimento de um atendimento humanizado e ético.

Vale lembrar que os transtornos de violência e suas consequências para a vida da gestante que realiza o aborto clandestino andam juntos e assim devem ser enfrentados. Outra medida importante a ser implantada seria a criação de novos serviços que atendessem às vítimas de violência sexual e principalmente à ampliação de sua divulgação, através de maior investimento por parte do Estado em programas informativos e em atenção humanizada.

Com isso, aumentaria a procura imediata por atenção médica, o que levaria a uma constante diminuição do número de interrupções de gravidezes em decorrência do estupro. O aborto não é um resultado desejável pelas mulheres e sempre que possível deve ser evitado. Conclui-se com a pesquisa realizada que negar a realização do aborto em vítimas de violência, que possuem o direito ao aborto legal, violando o princípio de dignidade da pessoa humana - consagrado no artigo 1º, inciso III da CRFB/88 e,

portanto, a dignidade da gestante.

### Referências Das Fontes Citadas

ABRANTES, Talita. Quem são as mulheres que já fizeram aborto no Brasil? Pela primeira vez, IBGE divulga dados sobre aborto no Brasil – casos, no entanto, ainda são subnotificados. Revista Exame. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/quem-sao-e-onde-vivem-as-brasileiras-que-jafizeram-aborto/>>. Data da Publicação em 22 set. 2015. Acesso em 27 out. 2017.

AGUIAR, Ione. Veja onde se faz mais aborto no Brasil, de acordo com o IBGE. Revista Huffpost Brasil. Disponível em: <[http://huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-maisaborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge\\_a\\_21694557/](http://huffpostbrasil.com/2015/08/21/veja-onde-se-faz-maisaborto-no-brasil-de-acordo-com-o-ibge_a_21694557/)>. Data da Publicação em 21 ago. 2015. Atualizado em 27 jan 2017. Acesso em: 24 set. 2017.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica: Confiança para o médico, segurança para o paciente. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/novocodigo/integra.asp>>Capítulo II. IX – Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência. Brasília, 17 de setembro de 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado Federal, Diário Oficial da União, Brasília, DF, Out, 1988.

BRASIL. Decreto - Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, Dez, 1940.

BRASIL. Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013. Dispõe sobre as diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Mar, 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Jan, 2002.

BRASIL. Lei n. 10.778 de 24 de novembro de 2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Nov, 2003.

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Jul, 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica/ Ministério da Saúde. Secretarias de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 3. Ed. atual. e ampl., 1. Reimpr. – Brasília : Ministério da Saúde, 2012. . 124 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos ; Caderno n. 6)Disponível em:

<[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao\\_agravo\\_violencia\\_sexual\\_mulheres\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf)>

BRASIL. Portaria n. 1.508 de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, Set, 2005.

GABRIELE, Duarte. Quando escolher é um direito. Revista clicRBS – Notícias, esporte, jogos, vídeos, blogs e muito mais do RS e do mundo. Disponível em: <[http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc\\_aborto\\_legal/index.html](http://www.clicrbs.com.br/sites/swf/dc_aborto_legal/index.html)>. Data da Publicação: 03 jan. 2017. Acesso em: 27 out. 2017.

GRANJEIA, Julianna. Governo afirma à ONU que aborto clandestino no país é problema de saúde pública. Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/governo-afirma-onu-que-aborto-clandestino-no-pais-problema-de-saude-publica-15550664>>. Data da Publicação: 10 mar. 2016. Acesso em: 27 out. 2017.

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

MARIA, Iaci. DIREITO AO ABORTO: Aborto legal x aborto ilegal: a realidade pelo mundo afora. Jornal Esquerda Diário. Disponível em <<http://www.esquerdadiario.com.br/Aborto-legal-x-aborto-ilegal-a-realidade-pelo-mundo-afora>> Data de Publicação em 14 de novembro de 2015. Realizado o acesso em 13 de jun 2018.

MASSON, Cleber. Direito Penal esquematizado: parte especial. Vol. 2, 7ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://2014direitounic.files.wordpress.com/2016/02/cleber-masson-direito-penal-esquematizado-vol-2-20152.pdf>>

PEREIRA, I. G.; et al. Aborto Legal: Implicações éticas. Seminário Nacional de Intercâmbio e formações sobre questões ético-religiosas para técnicos/as dos programas de aborto legal. São Paulo: Católicas pelo Direito de Decidir, 2002. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/wp-content/uploads/2014/08/publica%C3%A7%C3%A3o-aborto-legal-implicacoes-eticas-2002.pdf>>. Data da Publicação em 20 dez. 2004. Acesso em: 17 nov. 2017.

SANCHEZ, W. L. (Des) Encontros dos Deuses. CNBB e pluralismo religioso no Brasil: Um debate a partir dos Encontros Intereclesiais de CEBs (1992-1997). Uma síntese. REB. Revista Eclesiástica Brasileira, Petrópolis, v. 62, n.246, 2002, p. 491-493. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2004000300004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000300004)>, Data de Publicação em 25 de set 2003. Realizado o acesso em 13 de jun 2018.

SELIGMAN, Felipe e NUBLAT, Johanna (12 de abril de 2012). «Maioria do STF é favorável ao aborto de anencéfalos». Folha de S. Paulo. Consultado em 12 de abril de 2012. Wikipédia: A enciclopédia livre. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto\\_no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Brasil)>. Data de Publicação editada em 04 jun 2018. Acesso em 14 jun 2018.

# O MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E AS ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NO TOCANTE À PRISÃO DOMICILIAR\*

Débora Morais da Silva<sup>1</sup>  
Sávio Antiógenes Borges Lessa<sup>2</sup>

## RESUMO

A Lei 13.257/16 realizou mudanças quanto à prisão domiciliar, com o intuito de assegurar o direito à convivência familiar para a criança, proporcionando-lhe o desenvolvimento humano. Assim, no presente artigo pretende-se explicar qual a finalidade das novas hipóteses do benefício previstas no artigo 318 do CPP incisos IV, V e VI, verificar quais princípios constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente os fundamentam, analisar o índice de apenadas grávidas, lactantes e das que possuem filhos de até 12 anos e por fim examinar o benefício com base nos tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário. Possui abordagem qualitativa e quantitativa, sendo a natureza da pesquisa básica. O objetivo é exploratório e empregou-se como procedimento a pesquisa bibliográfica. Considerando esses aspectos conclui-se que a prisão domiciliar deve ser analisada caso a caso para que a medida efetivamente atenda ao melhor interesse da criança.

**Palavras-chaves:** Prisão domiciliar. Melhor interesse da criança. Desenvolvimento humano.

## ABSTRACT

The Law 13257/16 made changes to the house arrest, in order to ensure the right to family life for the child, providing him with human development. Thus, this article intends to explain the purpose of the new hypotheses of the benefit provided for in article 318 of the CPP sections IV, V and VI, to verify which constitutional principles and the Statute of the Child and Adolescent bases them, to analyze the index of pregnant prey women, prey that are breastfeeding and those with children up to 12 years of age, and finally to examine the benefit based on the international treaties to which Brazil is a signatory. It has a qualitative and quantitative approach, being the nature of basic research. The objective is exploratory and bibliographic research was used as a procedure. Considering these aspects, it is concluded that house arrest should be

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho. Rondônia. Brasil. Email: deboramrais@outlook.com.

2 Doutor em Ciência Política pela UFRGS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Pós-graduado em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Rondônia. Docente das disciplinas Direito Penal e Processual Penal da Faculdade Católica de Rondônia. E-mail: [savio.lessa@fcr.edu.br](mailto:savio.lessa@fcr.edu.br).

analyzed on a case-by-case basis so that the measure effectively serves the best interests of the child.

**Key-word:** House arrest. Best interests of the child. Human development.

## **Introdução**

No Brasil, segundo dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), a Pastoral Carcerária Nacional e o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), mais de 4.600 (quatro mil e seiscentas) mulheres se encontram em unidades prisionais na condição de grávidas, possuem filhos com até 12 anos de idade ou as apenas estão junto aos filhos no cárcere.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo 143641/SP determinou a concessão da prisão domiciliar a todas as mulheres presas que se enquadrem nessas condições que estão previstas no artigo 318, incisos V e VI, além das que estejam amamentando. Nesse sentido, o presente artigo trata sobre o Marco Legal da Primeira Infância e as alterações no Código de Processo Penal no tocante à prisão domiciliar.

Portanto, se fez necessária a realização de um estudo aprofundado do tema para constatar se a concessão desse benefício, com base no enquadramento do agente em um dos critérios legais supracitados, sem analisar o contexto individualizado do caso, atende ao melhor interesse da criança.

Tal questão fundamentou o problema de pesquisa abordada, no sentido de quais seriam as consequências da aplicabilidade literal da norma sem a realização de um juízo valorativo no caso concreto.

O objetivo geral da pesquisa é identificar quais seriam os efeitos da execução literal do dispositivo legal em comento.

Os objetivos específicos do artigo propõem explicar qual a finalidade das novas hipóteses da prisão domiciliar previstas no artigo 318 do CPP incisos IV, V e VI, verificar quais princípios constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente os fundamentam, analisar o índice de apenas grávidas, lactantes e das que possuem

filhos de até 12 anos e por fim examinar o benefício com base nos tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário.

Em sendo a norma aplicada de maneira literal pelos juízes sem um juízo valorativo, as consequências podem causar perigo à ordem pública, à instrução criminal, risco à aplicação da lei penal, bem como aos direitos que o próprio Marco Legal busca garantir como a proteção da criança.

Em relação à metodologia, possui abordagem qualitativa a qual se utilizou como procedimento a pesquisa bibliográfica que consistiu na análise por meio do arcabouço literário em geral, legislação e tratados internacionais. Além disso, se utilizou abordagem quantitativa realizada por meio de dados estatísticos já obtidos por órgãos da segurança pública e fornecidos por eles. Quanto à natureza da pesquisa esta é básica, sendo o objetivo exploratório.

### **1- A concessão da prisão domiciliar em face da Lei 13.257/16**

O Marco Legal da Primeira Infância, conforme supracitado promoveu mudanças no artigo 318 do Código de Processo Penal<sup>3</sup> e seus incisos, ampliando o rol de hipóteses para o enquadramento dos agentes.

Anteriormente, o inciso IV do supracitado artigo mencionava que o agente para dispor da concessão da prisão domiciliar, deveria se encontrar gestante a partir do 7º sétimo mês ou caso fosse de alto risco. Todavia, com a nova redação dada pela Lei 13.257/16, a benesse pode ser permitida em qualquer estágio da gravidez.

Outros destaques são as inclusões dos incisos V e VI no artigo 318 do CPP, nos casos quando o agente for mulher que possua filho de até 12 anos incompletos, ou homem com filho até a referida idade, desde que seja o único responsável de seus cuidados. O ponto em questão é acerca da interpretação do dispositivo quanto a faculdade ou obrigatoriedade do magistrado em conceder o benefício.

Nesse sentido, Douglas Fischer e Eugênio Pacelli comentam a respeito da aplicação do artigo 318 afirmando que a substituição da prisão por domiciliar não

---

3 Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 (oitenta) anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV- gestante; V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2018.

deverá ser automática. Deve ser aquilatada a necessidade pelo juiz de tal providência, fundamentando sobretudo em caso de indeferimento<sup>4</sup>. Em contrapartida Gustavo Badaró opina que “demonstrada à hipótese de incidência do art. 318, o juiz deverá determinar o cumprimento da prisão preventiva em prisão domiciliar, ou seja, deve-se ler o “poderá” como “deverá”<sup>5</sup>.

Para se chegar a uma conclusão sobre a aplicabilidade do dispositivo legal em questão, é necessário verificar qual a finalidade da Lei 13.257/16, haja vista que foi ela quem realizou tais mudanças no rol dos agentes sujeitos a substituírem a prisão preventiva pela domiciliar.

A mencionada lei denominada Marco Legal da Primeira Infância<sup>6</sup>, tem por finalidade implementar políticas públicas voltadas a primeira infância com vistas ao desenvolvimento humano, conforme está disposto em seu art. 1º. Dessa forma, nota-se que a *ratio legis* da referida lei é atender ao interesse da criança<sup>7</sup>, conforme preleciona o seu artigo 4º, inciso I.

A finalidade do Marco Legal da Primeira Infância reflete nas alterações realizadas no Código de Processo Penal, no sentido do qual visa primeiramente o melhor interesse da criança, assegurando o direito à convivência familiar, bem como os direitos inerentes ao seu desenvolvimento humano.

O espírito da lei está centrado na criança, sendo a concessão da prisão domiciliar analisada sob sua ótica, apesar de beneficiar diretamente o agente que integre as hipóteses constantes no artigo 318 do CPP. Aliado a esse aspecto deve estar o melhor interesse em ordem preferencial dos infantes, de maneira que se analisem em conjunto

---

4 FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.

5 BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 985.

6 Art. 1º Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); BRASIL. Estatuto da Primeira Infância. Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/l13257.htm). Acesso em: 17 mai 2018.

7 Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: I - atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã. BRASIL. Estatuto da Primeira Infância. Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/lei/l13257.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

com o cumprimento de tais requisitos as circunstâncias do caso em concreto sendo a medida mais adequada, tomando por base que a criança nesse caso é o principal e o agente o acessório, ou seja, o acessório gravita em torno dos interesses do principal que é o infante.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no HC 70069487122 em julgamento, considerou que além do enquadramento em uma das hipóteses do artigo 318 CPP, as circunstâncias do caso concreto devem ser analisadas<sup>8</sup>.

Contudo, apesar de todos os fundamentos citados alhures, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar o HC 143641/SP em 20 de fevereiro de 2018 impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos, as quais eram pacientes todas as mulheres presas em condição de gravidez, mães de crianças de até 12 anos de idade e puérperas, determinou a concessão da prisão domiciliar a todas as apenadas que se enquadrem nessas situações, bem como estejam em prisão preventiva no sistema penitenciário em âmbito nacional.

Por meio do referido HC, a decisão mencionou as situações de denegação do benefício não cabendo a benesse quando o crime foi praticado mediante violência ou grave ameaça, quando o delito for contra seus descendentes, bem como situações de excepcionalidade que deverão ser fundamentadas pelo juiz.

Em sendo a detida reincidente o magistrado deverá avaliar o caso em concreto, mas sempre atentando ao caráter de excepcionalidade da prisão. Além disso, com relação ao instituto do poder familiar, caso haja a destituição ou suspensão a apenada não terá direito ao benefício.

Assim, hodiernamente, o caráter concessivo da prisão domiciliar passou a ser imediato, devendo inclusive ser autorizado de ofício pelos magistrados, sendo dispensável o requerimento por meio de advogado, bastando o enquadramento nas hipóteses.

---

8 A Lei nº 13.257/2016 acresceu ao artigo 318 do Código de Processo Penal o inciso V, que possibilita a concessão de prisão domiciliar a mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos, a fim de assegurar os interesses do menor. A viabilidade da medida, entretanto, deve ser sopesada com elementos do caso concreto, a fim de verificar a suficiência da medida para garantia da ordem pública. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus n. 70069487122. Paciente: Sheila Manoela da Silva Nogueira. Processo nº 0158906-25.2016.8.21.7000 - 1ª Câmara Criminal/RS. Relator: Desembargador. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre. 08 jun 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/350497502/habeas-corpus-hc-70069487122-rs/inteiro-teor-350497517#>. Acesso em: 14 maio 2018.

## **2 A lei 13.257/16 em consonância com os princípios do estatuto da criança e do adolescente**

Conforme já citado alhures, o artigo 1º da Lei 13.257/16 aduz que a efetivação de políticas públicas voltadas à primeira infância se dará em consonância com os princípios da Lei 8069/90 denominada Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ECA tem por objetivo a proteção integral à criança e ao adolescente, conforme disposto em seu artigo 1º e regula os direitos inerentes a esses sujeitos. Portanto, esta lei embasa os objetivos da Lei 13.257/16, bem como os princípios nela dispostos.

O princípio que rege a Lei 8069/90 é o da proteção integral que está previsto nos artigos 1º e 3º, *caput*, desse diploma legal<sup>9</sup>.

Sobre esse princípio, há que se destacar que anteriormente ao advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei vigente era a Lei 6.679/79 denominada Código dos Menores o qual se baseava no princípio da situação irregular<sup>10</sup>, descrita no artigo 2º.

Assim, estavam sob a assistência, proteção e vigilância, apenas os menores em situação irregular e que pela utilização do termo pejorativo “menor”, eram tidos como infratores e delinquentes.

Com os avanços na temática infante juvenil, propostos pela comunidade internacional acerca da relevância de seus interesses em serem sujeitos de direitos, como exemplo a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que traz em seu texto a doutrina da proteção integral, o Brasil a ratificou através do Decreto 99.710/90.

---

9 Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

10 Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal. BRASIL. Lei n° 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impresao.htm). Acesso em: 18 maio 2018.

Assim, tal princípio ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 227 da Carta Magna e posteriormente se fez presente no texto do ECA.

Afirma Hebe Signorini Gonçalves que a criança passa a ser sujeito de direitos<sup>11</sup>.

Outro princípio norteador da Lei 8.069/90 é o da Prioridade Absoluta constante no artigo 4º, que também é previsto na Constituição. Tal princípio reza acerca do tratamento preferencial que crianças e adolescentes devem receber da sociedade e do Poder Público através das políticas públicas, os colocando em primeiro plano de atuação, ressaltando ainda ser um dever da família, como também da sociedade, corroborando com a responsabilidade dessas entidades em prover e assegurar direitos, como o da convivência familiar<sup>12</sup>.

O Princípio da Prevalência dos Interesses está disposto no artigo 6º do ECA e dele se extrai que o Estatuto deve ser interpretado em conformidade com a finalidade a que se destina. Assim, tem-se que a exegese dessa lei é a proteção integral da criança e do adolescente, bem como a garantia dos seus direitos.

O princípio da convivência familiar encontra previsão no artigo 19 da Lei 8069/90, bem como no artigo 227 na Constituição Federal. Visa assegurar de forma prioritária o convívio no seio familiar e em ambiente que permita o seu desenvolvimento integral<sup>13</sup>.

---

11 A doutrina da proteção integral compreende a criança como sujeito de direitos; defende a inclusão dos direitos de crianças e adolescentes nos códigos legislativos, e afirma ainda que esses segmentos são detentores privilegiados dos direitos de cidadania, o que implica a discriminação positiva da criança e do adolescente. GONÇALVES, Hebe Signorini. *Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional*. In: ZAMORA, Maria Helena (Org.). Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005, p. 35-61.

12 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

13 Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. . BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

Insta salientar, que o referido artigo sofreu alteração em sua redação promovida pela Lei 13.257/16, elidindo os seus termos finais os quais estabeleciam casos de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes como situação proibitiva para o desempenho das funções maternais e paternas. A referida alteração é de suma importância e prioriza a manutenção do infante sob a proteção dos seus garantidores, com vistas a possibilitá-los um melhor desenvolvimento da personalidade, sendo considerado o afastamento da criança apenas como medida mais gravosa.

## **2.1 Princípios constitucionais aplicáveis a lei 13.257/16**

Dentre o arcabouço principiológico que compreende a Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana é basilar, opera efeitos em toda a ordem jurídica, inclusive no Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Lei 13.257/16. Sobre esse princípio previsto artigo 1º, inciso III, Edilson Pereira Nobre Júnior faz algumas considerações<sup>14</sup>.

Sendo o referido princípio um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, tem por objetivo que a pessoa seja o fim, atuando o Estado como meio para promoção da dignidade humana, seja na manutenção de direitos, seja na implementação. Destarte, abrange a todas as pessoas indistintamente incluindo os infantes e adolescentes, de modo que na Lei 8.069/90, que trata dos referidos sujeitos de direitos, o artigo 15 faz menção a esse princípio, atuando o ECA como efetivador da tutela infanto juvenil prevista na Carta Magna.

Outro princípio constitucional que merece destaque na temática abordada é o da intransmissibilidade da pena, intranscendência da pena ou ainda responsabilidade pessoal, constante no artigo 5º, XLV da CF o qual preconiza que a pena não passará da pessoa do condenado.

---

14 Respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições subhumanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista de informação legislativa, Brasília, jan./mar 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22 maio 2018.

Da interpretação desse diploma legal se depreende que a pena tem caráter personalíssimo, de modo que não pode ultrapassar as fronteiras da sujeição pessoal daquele que praticou o fato típico, é o que explica Fernando Vernice dos Anjos<sup>15</sup>

No caso da Lei 13.257/16 referente à prisão domiciliar é fato que atendidos os requisitos legais, bem como verificado ser a medida necessária ao melhor interesse da criança a concessão, seria uma maneira de mitigar os efeitos ou mesmo assegurar que a pena não transcenda aos filhos quando os seus genitores se encontrem cumprindo pena restritiva de liberdade.

A quebra da convivência da criança ou do adolescente no seio familiar com seus garantidores atinge diretamente a esses sujeitos, tendo em vista ser fundamental para o seu desenvolvimento humano. Em se tratando da apenada que está na qualidade de gestante, por exemplo, as emoções vividas são repassadas ao nascituro. Porém, o cárcere é um ambiente de tensão e na maioria das vezes as apenadas não recebem os devidos cuidados que uma gravidez requer. Sobre as reações repassadas da mãe ao filho no período gestacional comenta Marcos Davi Santos<sup>16</sup>.

O princípio da convivência familiar<sup>17</sup> é um direito fundamental previsto na Constituição Federal em seu artigo 227, bem como tem previsão no ECA, conforme citado alhures.

É importante perceber que esse princípio possui relação com o poder familiar, no que tange ao dever da família. Esse instituto trata da responsabilidade conjunta dos pais na prestação de educação, saúde, dignidade, entre outros direitos, conforme elencados no dispositivo supracitado. Desse modo, os pais asseguram a convivência familiar, bem

---

15 É sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado. Famílias ficam privadas de pais e de mães que, encarcerados, não podem provê-las, ocorrendo uma verdadeira transferência da pena. ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípio limitadores da execução penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

16 O embrião ou feto reage não só às condições físicas da mãe, aos seus movimentos psíquicos e emocionais, como também aos estímulos do ambiente externo que a afetam. O cuidado com o bem-estar emocional da mãe repercute no ser que ela está gerando. SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, São Paulo. 2014. Disponível em: [http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/caderno\\_03\\_web\\_cor.pdf](http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/caderno_03_web_cor.pdf). Acesso em: 23 maio 2018.

17 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão BRASIL. Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

como outros direitos atinentes à sua responsabilidade aos filhos, por meio do poder familiar, que é um poder-dever.

A concessão da prisão domiciliar garantiria de uma forma mais plena o direito a convivência familiar aos filhos, pois nos casos da mãe ou do pai apenados, elencados nos incisos V e VI do artigo 318 do CPP o exercício desse direito em favor dos filhos é mitigado, vez que só é realizada através da visita.

A convivência seria mais bem garantida com a concessão da prisão domiciliar, sendo verificado que essa medida é a mais adequada ao interesse da criança, do que o direito a visita aos pais no âmbito do estabelecimento prisional, haja vista a necessidade da assistência dos pais cotidianamente para o melhor desenvolvimento dos filhos.

## **2.2 Os índices de mulheres presas que cumprem os requisitos objetivos de concessão da prisão domiciliar**

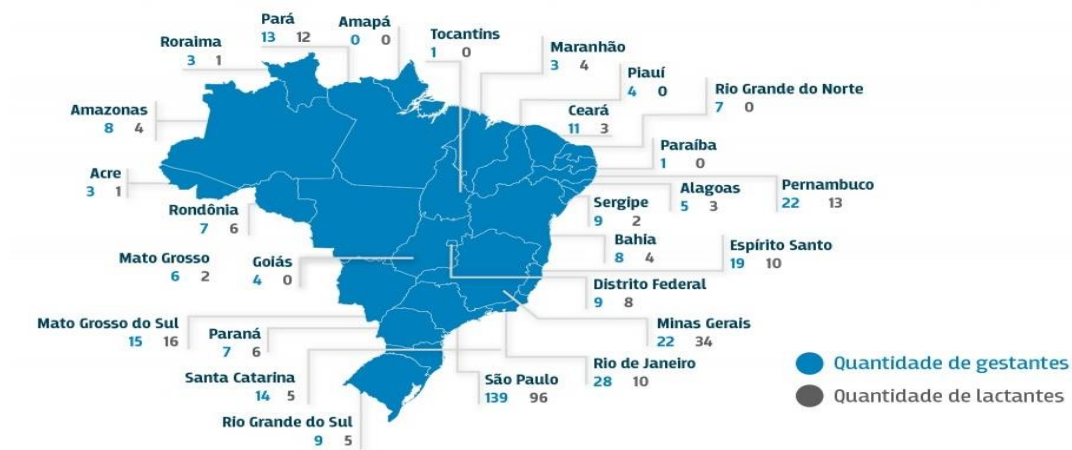
O Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de verificar a situação das apenadas grávidas, lactantes e seus filhos no âmbito dos estabelecimentos prisionais criou o Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes para monitorar, vistoriar e identificar o tratamento recebido no cárcere, a fim de adotar procedimentos com vistas aos seus cuidados.

Assim, o gráfico abaixo demonstra os dados obtidos por meio do referido cadastro, em âmbito nacional. O infográfico apresenta o registro em dezembro de 2017 de 622 mulheres na qualidade de gestantes ou lactantes no território nacional. Pormenorizando os dados, 373 estavam grávidas, enquanto que 249 se encontravam na fase de amamentação dos filhos.

Até esse período os três estados com maior número de presas grávidas ou lactantes correspondiam a São Paulo com 139 gestantes e 96 lactantes. Em seguida, Minas Gerais com 22 grávidas e 34 lactantes e por fim o estado do Rio de Janeiro com 28 mulheres gestantes e 10 lactantes.

As presas nessas condições cumprem os requisitos objetivos para a concessão da prisão domiciliar. Todavia, os números levantados pelo Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes não constam os dados de mulheres em prisão domiciliar. Conforme se pode notar no gráfico abaixo, disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Imagem 1 – Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes



Fonte: Conselho Nacional de Justiça<sup>18</sup>

Dessa forma, se mostram de modo complementar aos do CNJ os dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Pastoral Carcerária Nacional e do Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), entidades que apresentaram memorial, atuando como *amicus curiae*, com o objetivo de subsidiar o Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* coletivo 143.641/SP impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos.

O referido remédio constitucional tinha por finalidade que a medida privativa de liberdade de todas as mulheres gestantes, com crianças de até 12 anos ou puérperas fosse revogada ou subsidiariamente fosse substituída por prisão domiciliar.

Os dados foram coletados pelas supracitadas organizações no período de setembro a outubro de 2017 e fornecidos por todos os estados brasileiros e demonstram o número de mulheres apenadas que preenchem os requisitos previstos no artigo 318 do CP de substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Na tabela abaixo, há o número de mulheres gestantes, com filho no estabelecimento prisional, com filhos de até 12 anos de idade e na qualidade de gestante, bem como possuindo filhos de até 12 anos.

Tais dados enviados ao IBCCRIM, à Pastoral Carcerária e ao ITTC, pelos estados brasileiros supracitados, apesar de não detalharem em sua plenitude quanto à situação das mulheres presas que se enquadram nos requisitos objetivos para obterem a

18 DURÃES. Matheus. Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes. Arte Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em: 20 maio 2018.

prisão domiciliar, mostram números superiores e mais completos do que os obtidos pelo Cadastro Nacional de Presas Grávidas ou Lactantes.

Os resultados apresentam que de setembro a outubro de 2017 o total de mulheres gestantes foi de 243, de mulheres com filho na prisão foi de 11, presas que possuem filhos de até 12 anos foi de 3.735 e a soma de gestantes com mulheres que possuam filhos de até 12 anos foi número de 625, conforme pode ser observado abaixo:

Tabela I – Situação das mulheres gestantes e mães nos presídios Brasileiros

Estados	Mulheres Gestantes	Mulheres com filho na prisão	Filhos com até 12 anos	Gestantes + Mulheres com filhos de até 12 anos, sem distinção de dados.
Alagoas	5		66	
Amapá	0		21	
Ceará	27	7		
Goiás	20			
Minas Gerais	16			
Maranhão	4		86	
Mato Grosso	7		134	
Pará	7		156	
Paraná	10	4	163	
Paraíba	2		136	
Piauí	1		76	
Rio de Janeiro	16		421	
Rio Grande do Norte	1		106	
Rondônia	2		81	
Santa Catarina	9		227	
São Paulo	88		1658	
Tocantins	8		107	
Espirito Santo	10		224	
Sergipe	4		58	
Mato Grosso do Sul				220
Rio Grande do Sul				405
Distrito Federal	4			
Bahia	2		15	
Subtotal	243	11	3735	625
<b>TOTAL:</b>	<b>4614</b>			

Fonte: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Pastoral Carcerária Nacional e Instituto Terra Trabalho e Cidadania <sup>19</sup>

19 Memorial. Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Pastoral Carcerária Nacional e Instituto Terra Trabalho e Cidadania. Habeas corpus coletivo nº 143641. São Paulo. 16 fev 2018. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/Memorial\\_HC\\_143641\\_Amicus\\_Curiae.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/Memorial_HC_143641_Amicus_Curiae.pdf). Acesso em: 20 maio 2018.

Assim, conclui-se que 4.614 mulheres presas provisoriamente estariam enquadradas nos requisitos previstos no artigo 318 do CPP, mais especificamente incisos IV e V e com o atual entendimento da Suprema Corte deveriam estar em pleno gozo do benefício da prisão domiciliar, sendo restrita a atuação dos magistrados nos casos concretos no sentido de avaliar se a concessão é medida suficiente, adequada e necessária aos interesses da criança.

Na decisão do HC 143.641/SP o Ministro Edson Fachin deferiu a ordem, todavia fundamentou de forma diversa reconhecendo em seu voto que a interpretação constitucionalmente adequada do artigo 318, incisos IV e seguintes do Código de Processo Penal é a que se atente a análise individualizada da substituição da prisão preventiva pela domiciliar tendo por base o melhor interesse da criança, o que só pode ser avaliado caso a caso <sup>20</sup>.

### **3 A prisão domiciliar e os tratados internacionais incorporados ao direito interno brasileiro**

As modificações citadas alhures oportunizadas pela Lei 13.257/16 no CPP acerca da concessão da prisão domiciliar, também encontram respaldo em documentos da ordem jurídica internacional, os quais o Brasil é signatário.

Dentre eles, se destaca a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do decreto 99.710/90 que é um tratado internacional de direitos humanos voltado para a proteção e garantia de direitos das crianças e as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), que é um tratado internacional de direitos humanos que além de outras questões ressaltam a preferência na aplicação de

---

20 As alterações do Código de Processo Penal promovidas pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, sinaliza para a teleologia de sua aplicação: um plus em relação a mera faculdade, sem, porém, consubstanciar um dever imediato. É a partir do direito da criança, pensado em absoluta prioridade, que se deve analisar o direito de liberdade invocado no presente habeas corpus, nos termos em que invocado na própria inicial da impetração. Como consta da recomendação do Comitê de Direito das Crianças e das Regras de Bangkok, apenas caso a caso é que o melhor interesse da criança pode ser avaliado. O instrumento previsto pelo art. 318, no entanto, destina-se à avaliação concreta, feita pelo juiz da causa, do melhor interesse da criança. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus coletivo n.143641. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes et al. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo. 20 fev 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-minuta.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

medidas não privativas de liberdade, desde que se mostrem adequadas, velando pelo melhor interesse da criança.

#### **4 Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança**

Conforme supracitado, o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. O referido tratado traz a doutrina da proteção integral reconhecendo a criança como sujeito de direito, e para tanto necessitando de proteção especial para o seu pleno desenvolvimento, assegurando ainda o direito à convivência familiar.

No texto desse documento internacional se encontra expresso o princípio do melhor interesse da criança <sup>21</sup>.

Ante a incorporação dessa convenção à ordem jurídica brasileira através do Decreto 99.710/90, tal princípio passou a fazer parte do direito interno de modo a influenciar o Estatuto da Criança e do Adolescente que dispõe sobre o princípio da prevalência dos interesses, considerando a peculiaridade da criança e do adolescente vez que são sujeitos em desenvolvimento, bem como em seu artigo 100, inciso IV no capítulo II em que trata das medidas específicas de proteção tendo como princípio regente o interesse superior infante juvenil.

Com o exposto, se verifica que este princípio é critério primordial e deve ser avaliado de forma individualizada, pois cada caso concreto tem suas particularidades.

Em seu preâmbulo há o reconhecimento da importância da convivência familiar de modo que o crescimento do infante no seio familiar repercute no desenvolvimento da personalidade <sup>22</sup>, salientando ainda o dever de assistência para que os pais possam exercer plenamente as responsabilidades de garantidores para com a criança.

---

21 Art. 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. BRASIL. Decreto 99.710/99. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituicao_compilado.htm)> Acesso em 15mai2018.

22 *A qualidade dos cuidados parentais recebidos nos primeiros anos de vida tem uma importância vital para a futura saúde mental da criança. O essencial para a saúde mental é que tanto o bebê quanto a criança pequena tenham a experiência de uma relação contínua, íntima e calorosa com a mãe ou com quem ocupe esse lugar. Ou seja, uma relação regular e constante, em que cada uma das partes da dupla possa encontrar satisfação e prazer.* BOWLBY, John. *Cuidados maternos e saúde mental*. Colaboração de Mary D. Salter Ainsworth. 5ª Ed. Tradução de Vera Lúcia Batista e Irene Rizzini. São Paulo: Martins Fontes, nov 2006, p. 04.

Ressalta-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança tem caráter de lei internacional, sendo, portanto de natureza coercitiva perante os Estados que a incorporaram ao seu direito interno, de modo que estão vinculados à sua observância.

#### **4.1 Regras de Bangkok**

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras versam sobre, dentre outros temas, cuidados com as presas lactantes ou grávidas, flexibilidade do regime prisional com foco em medidas alternativas de encarceramento.

O referido documento internacional foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 2010, e dá atenção à questão da convivência familiar, de modo que leva em consideração os impactos que geram no desenvolvimento das crianças a privação de liberdade imputada aos pais, partindo da premissa da importância de assistência materna com vistas a assegurar a convivência entre mãe e filho, o que se encontra na Regra 64 do referido tratado <sup>23</sup>.

É imperioso destacar que tais regras também se valem do melhor interesse da criança de forma que as medidas tomadas, especialmente no que concernem as não privativas de liberdade, devem se mostrar adequadas ao infante, de modo que esse diploma prima pela manutenção da prisão nos casos do crime praticado ser de natureza grave ou por meio de violência, bem como quando a mãe representar ameaça para o seu filho.

Nesse último caso em questão, só pode ser verificada a ameaça caso a caso, de forma individualizada verificando suas circunstâncias e peculiaridades e diante dessa análise o magistrado poderá conceder ou não a prisão domiciliar, no caso do Código de Processo Penal. Há necessidade de averiguar se a presença da mãe ou do pai repercute de forma negativa ou positiva em relação à criança, haja vista que o primordial interesse

---

23 Regra 64. Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. ONU, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>> Acesso em: 19 nov. 2017.

da criança é condição *sine qua non* para a aplicação de medida não privativa de liberdade, conforme dispõe em seu texto o referido diploma internacional.

### **Considerações finais**

O presente artigo abordou as alterações proporcionadas pelo Marco Legal da Primeira Infância no Código de Processo Penal ao introduzir novas possibilidades para a concessão da prisão domiciliar como substituição da prisão preventiva.

Foi exposto que o artigo 318 do CPP enseja por meio de sua redação interpretações quanto o poder ou dever do juiz em conceder a benesse. Desse modo, a discussão apresentou a problemática de o magistrado estar vinculado ou não a literalidade da lei e quais seriam as consequências da não análise do caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal em julgamento do HC 143.641/SP determinou a concessão da prisão domiciliar de todas presas na condição de grávidas, mães de crianças até 12 anos de idade e puérperas, em âmbito nacional. Todavia, a decisão não se ateve à análise individualizada da situação caso a caso.

Ademais, foi visto que a Lei 13.257/16 tem como objetivo implementar políticas públicas voltadas à primeira-infância. Disso, se depreende que o espírito da lei está centrado na criança e na primazia do seu melhor interesse, de modo que é o sujeito principal da relação.

A Constituição Federal traz o princípio da convivência familiar que é direito fundamental, também previsto no ECA o qual prima pela importância da assistência dos pais cotidianamente para o melhor desenvolvimento dos filhos.

Como marco regulamentador dos direitos previstos na Carta Magna, o Estatuto da Criança e do Adolescente tutela os direitos atinentes ao público infantojuvenil. Tem como base a proteção integral, o princípio da prioridade absoluta, de forma que os infantes e adolescentes devem receber tratamento preferencial da sociedade e do Poder Público através das políticas públicas e o princípio da prevalência dos interesses o qual aduz que o Estatuto deve ser interpretado em conformidade com a finalidade a que se destina.

No âmbito internacional fundamentando a necessidade de atender ao primordial interesse das crianças se tem a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Em tal documento internacional se encontra expresso o princípio do melhor interesse que veio integrar o ordenamento jurídico brasileiro graças à incorporação desse tratado

ao direito interno. Aduz que esse princípio só pode ser alcançado se forem avaliadas as circunstâncias presentes no caso concreto.

Com relação aos dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, através do Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes demonstram que havia em dezembro de 2017, um total de 373 mulheres grávidas, enquanto que 249 se encontravam na fase de amamentação dos filhos, nas unidades prisionais brasileiras.

Já o resultado dos dados coletados pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Pastoral Carcerária Nacional e do Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) constata que há mais de 4.600 (quatro mil e seiscentas) mulheres presas provisoriamente que estariam enquadradas nos requisitos previstos para a concessão da prisão domiciliar.

Nesse sentido, com o atual entendimento da Suprema Corte a atuação dos magistrados na avaliação de cada um desses casos concretos seria mitigada, prevalecendo à concessão desordenada e em massa do benefício, o que pode ser temerário aos interesses da criança, bem como à ordem pública.

Outrossim, as Regras de Bangkok as quais versam sobre o regime prisional com foco em medidas alternativas de encarceramento, tem como fundamento a convivência familiar, mas condicionam a pena não privativa de liberdade a hipótese de se mostrar adequada ao interesse da criança, não devendo representar a presença da mãe ameaça ao filho.

Assim, por meio de todo o arcabouço integrante ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como os dados coletados, restou demonstrado que para a concessão da prisão domiciliar não basta apenas o enquadramento dos agentes em critérios objetivos estabelecidos no artigo 318 do CPP.

Nessa perspectiva, deve estar aliado aos critérios legais o melhor interesse da criança como princípio norteador, vez que é o sujeito de direito a quem o Marco Legal da Primeira Infância visa tutelar em face da alteração promovida, de forma que a análise individualizada de concessão da benesse é primordial para que se verifique no caso concreto se a medida é adequada, necessária e suficiente, gravitando em torno do interesse da criança.

Portanto, os efeitos que ensejam a execução literal do dispositivo em comento, por parte dos magistrados, podem causar perigo à ordem pública, à instrução criminal, risco à aplicação da lei penal, bem como aos direitos que o próprio Marco Legal busca garantir, como a proteção da criança.

## Referências das Fontes Citadas

ANJOS, Fernando Vernice dos. Princípios limitadores da execução penal.

**Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.16, n. 194, p. 17-18, jan. 2009.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 985.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. Colaboração de Mary D. Salter Ainsworth. 5 ed. Tradução de Vera Lúcia Batista e Irene Rizzini. São Paulo: Martins Fontes, nov 2006, p. 04.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 99710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Estatuto da Primeira Infância**. Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2016/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2016/)

<lei/113257.htm>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm). Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697Impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697Impressao.htm). Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus coletivo nº143641**. Paciente: Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes et al. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo. 20 fev 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-minuta.pdf>. Acesso em: 20 maio 2018.

DURÃES, Matheus. **Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes**. Arte Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios> . Acesso em: 20 maio 2018.

FISCHER, Douglas. PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 740.

GONÇALVES, Hebe Signorini. Medidas socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. In: ZAMORA, Maria Helena (Org.). **Para**

**além das grades:** elementos para a transformação do sistema socioeducativo. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005, p. 35-61.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de informação legislativa**. Brasília. jan./mar 2000. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/568/r145-19.pdf?sequence=4>. Acesso em: 22 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras de Bangkok:** Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. ONU, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/.../a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>. Acesso em: 19 nov 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas corpus n. 70069487122**. Paciente: Sheila Manoela da Silva Nogueira. Processo nº 0158906-25.2016.8.21.7000 - 1ª Câmara Criminal/RS. Relator: Desembargador. Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre. 08 jun 2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/350497502/habeas-corpus-hc-70069487122-rs/inteiro-teor-350497517#>. Acesso em: 14 maio 2018.

SANTOS, Marcos Davi dos et al. Formação em pré-natal, puerpério e amamentação: práticas ampliadas. **Fundação Maria Cecília Souto Vidigal**, São Paulo. 2014. Disponível em: [http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/caderno\\_03\\_web\\_cor.pdf](http://agendaprimeirainfancia.org.br/arquivos/caderno_03_web_cor.pdf). Acesso em: 23 maio 2018.

**Memorial**. Amicus Curiae: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, da Pastoral Carcerária Nacional e Instituto Terra Trabalho e Cidadania. Habeas corpus coletivo nº 143641. São Paulo. 16 fev 2018. Disponível em: [https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/Memorial\\_HC\\_143641\\_Amicus\\_Curiae.pdf](https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/Memorial_HC_143641_Amicus_Curiae.pdf).

pdf. Acesso em: 20 maio 2018.

# O DIREITO À LIVRE INFORMAÇÃO LIMITADO PELO DIREITO À IMAGEM NOS CRIMES CONTRA A HONRA DOS MORTOS

Ianca Aguiar Santos<sup>1</sup>

Stênio Castiel Gualberto<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que o direito à livre informação se tornou argumento para a divulgação da imagem de pessoas falecidas, inclusive em situações degradantes, como lesões graves e afins, violando direitos da personalidade de cujus, a exemplo: a dignidade, a honra e a imagem. Ofendendo o sentimento dos familiares e pessoas próximas ao falecido. Sabe-se que no conflito de direitos fundamentais um deve prevalecer e a mitigação do direito à informação é uma forma de garantir a integridade da imagem do falecido, assim, evitar o cometimento do crime de vilipêndio de cadáver. A situação é em virtude ao acesso rápido as mídias digitais, a dificuldade de controlar a propagação de imagens, na maioria das ocasiões se encobrem os que cometem tal crime, ou seja, não são punidos, incentivando a propagação de tais imagens. Utilizando-se como metodologia a análise legislativa e hermenêutica aplicada, bem como artigos científicos.

**Palavras-chave:** Vilipêndio. Falecido. Direito à imagem. Direito à informação. Internet.

## ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate that the right to free information has become an argument for disseminating the image of deceased persons, including in degrading situations such as serious and related injuries; violate the rights of the personality of the de cujus, for example: dignity, honor, and image, offending the feelings of relatives and people close to the deceased. It is well known that in the conflict of fundamental rights it must prevail and mitigating the right to information is a way of guaranteeing the integrity of the deceased's image and avoiding the practice of the crime of defamation of corpses. The situation is that with digital media, and the difficulty of controlling the propagation of images, most of the time cover those who

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR), Porto Velho-RO, Brasil, E-mail: ianca\_aguiar@hotmail.com.

2 Advogado, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Docente do Curso de Direito Penal e Teoria Geral do Processo na Faculdade Católica de Rondônia. Especialista lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Porto Velho-RO, Brasil. E-mail: stenio.castiel@fcr.edu.br.

commit such a crime, that is, they are not punished; encouraging the propagation of such images. Using as methodology the applied legislative analysis and hermeneutics, as well as scientific articles.

**Keywords:** Vilification. Deceased. Right to image. Right to information. Internet.

## **Introdução**

A função do Direito é regular condutas, através dessa regulamentação é possível a vida em coletividade, ou seja, com o direito espera-se que os indivíduos tenham condutas mínimas necessárias para que lhes sejam possíveis assegurar direitos próprios e de terceiros.

O problema ocorre quando o direito de um indivíduo acaba ferindo os direitos de outrem, diante de tal situação, pergunta-se qual direito deve prevalecer se ambos devem ser protegidos?

A questão da divulgação de imagens de cadáveres é um exemplo da colisão de direitos, deve-se preservar a imagem do falecido ou garantir o acesso à informação daqueles que divulgam informações e imagens?

Tem se tornado cada vez mais comum deparar-se com circunstâncias trágicas em nosso cotidiano, são as mais diversas situações em que se presencia cenários que envolvem vítimas de acidentes de trânsito, homicídios, diversos outros crimes e fatalidades.

Muitas vezes expõem os corpos a situações degradantes e lastimáveis, como por exemplo, mutilações, traumas expostos, perda de membros do corpo, etc. Com a modernidade e a evolução dos aparelhos tecnológicos, o telefone celular é instrumento hábil para registrar esses momentos tão delicados da vida humana, o que na maioria das vezes, leva a divulgação de tais registros na internet.

Algumas pessoas podem defender o fato por ter sido cessada a vida da vítima, a divulgação de dados, como causa da morte, nome, imagens do evento que causaram a morte e o cadáver exposto.

Dessa forma, é uma maneira de informar sobre as tragédias cotidianas, mas sob a ótica do direito, os direitos de *cujus* (pessoa falecida) devem ser protegidos ainda que sua vida tenha sido findada, devendo o cadáver ser tratado com o mínimo de cuidados

necessários para garantir a honra daquele que teve a personalidade finalizada com o evento morte.

Diante das considerações iniciais apresentadas, vale ressaltar que o direito deve ser capaz de resolver tais conflitos, aplicando institutos apresentados pelo próprio ordenamento jurídico e relacionando tais conceitos com as ciências tecnológicas no qual tem se tornado cada vez mais presente na vida humana e conseqüentemente, influenciam as condutas, que são os objetos do direito.

## **1. A personalidade humana**

Conforme disposição do artigo 2º, da Lei 10.406 de 2002, Código Civil, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, isso significa que desde o momento do seu nascimento o ser humano é titular de uma diversidade de direitos.

Indo além, segundo a Teoria Concepcionista, que busca explicar o momento de aquisição da condição de personalidade, pois segundo o Código Civil, o nascituro, aquele gerado, mas que ainda não nasceu, embora não seja uma pessoa de direitos e, por óbvio, não é um objeto, mas ainda com tais peculiaridades lhe são garantidos direitos básicos. Segundo TARTUCE<sup>3</sup>:

Personalidade – é a soma de caracteres da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade. Afirma-se doutrinariamente que a capacidade é a medida da personalidade, ou seja, “a personalidade é um quid (substância, essência) e a capacidade um quantum”.

Com esta medida de personalidade diversa, direitos são garantidos aos seres humanos, de forma direta pode-se afirmar que o nascimento com vida é a condição para garantir ao indivíduo todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Como é sabido pelos estudiosos da ciência jurídica, os direitos fundamentais são diversos, abrangendo direitos de todas as dimensões descritas pelos doutrinadores, como liberdade, igualdade e fraternidade.

### **1.1. Dos Direitos Fundamentais**

Os direitos fundamentais são aqueles definidos na Constituição Federal, destinado às pessoas, onde garantem que todos terão proteção de seus direitos básicos

---

3 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único, 6.ª edição. rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2010, p.76.

de modo a serem garantidas as condições mínimas de vida digna em sociedade, proteção frente aos demais indivíduos e ao Estado, etc. Segundo BULOS<sup>4</sup>:

Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.

Atualmente a maior expressão de direitos fundamentais existente em nosso ordenamento jurídico pode ser descrita de forma exemplificada, no artigo 5º da CF/88.

Como é sabido o artigo 5º, caput, já demonstra alguns direitos que são exaltados, sendo a igualdade, vida e liberdade alguns desses direitos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, [...]”<sup>5</sup>. A partir da interpretação destes direitos do caput do artigo e de toda a CF, os direitos ganham uma maior amplitude.

O Tribunal de Justiça da União Europeia entende que: “Even the mere possibility of communications informations being captured creates an interference with privacy, with a potential chilling effect on rights, including those to free expression and association<sup>6</sup>.”

## **1.2. Do direito à imagem e a honra**

A todos os indivíduos são assegurados dois direitos, o direito à imagem e a honra. Ambos os direitos são distintos, mas suas colocações possuem uma relação tão firme no qual é conveniente tratá-los destes direitos simultaneamente.

O direito a honra é um direito bem amplo. A honra consiste no sentimento de dignidade, moral e respeito que cada ser humano possui, pode significar a forma que uma pessoa é considerada frente a seus pares, sendo de tamanha abrangência que a violação de tal direito, geram efeitos na esfera de direito dos familiares e conhecidos que tem estes desrespeitado.

---

4 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. - 8. cd. rev. e atrn.11. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 525.

5BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

6 “Até mesmo a mera possibilidade de captação de informações de comunicações cria uma interferência na privacidade, com um possível efeito inibidor de direitos, incluindo aqueles para a liberdade de expressão e associação.”. See European Court of Human Rights, *Weber and Saravia v. Germany*, para. 78; *Malone v. UK*, para. 64. (minhas traduções).

No mesmo entendimento DANTAS<sup>7</sup> argumenta que: “É o que a doutrina costuma dividir em honra subjetiva, que trata do próprio juízo valorativo que a pessoa faz de si mesmo e honra objetiva, que diz respeito à reputação que a coletividade dedica a alguém”.

Já o direito à imagem é a impossibilidade de um indivíduo ter a representação de sua imagem, em qualquer meio, digital, impresso e outros, sem o seu consentimento. É de tão importante que é, segundo LEME<sup>8</sup>, irrenunciável, inalienável, intransmissível, porém disponível, ou seja, nem mesmo a própria pessoa pode abrir mão de sua imagem, podendo entre tanto, licenciar-la a terceiro.

As repercussões que a violação da imagem de forma indevida pode gerar vão além da afetação pessoal da vítima que teve sua imagem violada, atingindo seus familiares, amigos e pessoas próximas.

BULOS<sup>9</sup> descreve ainda, a existência de três espécies de imagem que recebem proteção: imagem social (art.5º, V), sendo aquela imagem que a pessoa, física ou jurídica, transmite a sociedade, uma verdadeira imagem publicitária; imagem retrato (art.5º, X), sendo a representação da fisionomia da pessoa humana por qualquer meio e a imagem autoral (art.5º, XXVIII), que se caracteriza pela ligação direta do indivíduo em obras coletivas, como campanhas publicitárias, onde este seja a figura principal.

### **1.3. Do direito a informação**

O direito a informação é outro direito fundamental de nosso ordenamento, esse direito prevê que todos têm o direito de obter informações diversas, desde a atuação estatal quanto fatos corriqueiros. Tal direito tem previsão na Constituição Federal em seu art. 5º, XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da

---

7 DANTAS, Rosalliny Pinheiro. A honra como objeto de proteção jurídica. Rio Grande, 19.03.2018. Disponível em: < [www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11017](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11017) >. Acesso em: 17/05/2018.

8 LEME, Fábio Ferraz de Arruda. O direito de imagem e suas limitações. 2012. Disponível em: < <https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes> >. Acesso em: 16/05/2018 às 10h e 51min.

9 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. - 8. cd. rcv. e atrn.11. De acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - São Paulo: Saraiva, 2014.

fonte, quando necessário ao exercício profissional” e ainda no Capítulo V da CF, artigo 220<sup>10</sup>, que descreve:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressa e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Na leitura dos mencionados artigos pode-se perceber que tal direito diz respeito a uma divulgação de informações necessária a deixar a população ciente de determinados acontecimentos e fatos, que são de interesse público, mas ainda assim, não é um direito absoluto.

O debate a cerca dos direitos fundamentais se estende de forma tão ampla, que a discussão sobre estes direitos nunca deixa de ser atual e de aguçar a percepção dos estudiosos do direito, não é por acaso que diversos trabalhos são publicados sobre o respectivo conflito destes direitos, que são essenciais às pessoas.

Com os pontos já apresentados, outras questões são levantadas, como por exemplo: qual a repercussão penal da violação de direitos fundamentais? No conflito de entre direito à imagem e à informação qual deve prevalecer? O fim da personalidade encerra dos direitos fundamentais? E como controlar a divulgação de imagens, identificar e punir seus divulgadores? E como as mídias digitais têm se tornado barreiras a aplicação as penas do crime de vilipêndio, nos casos de divulgação de imagens de pessoas falecidas?

#### **1.4 O término da personalidade**

De acordo com a disposição do art. 6º, caput, do Código Civil: “A existência da pessoa natural termina com a morte”, ou seja, com a morte, a personalidade civil da pessoa e seus direitos, em regra, deixam de existir, pois um dos pressupostos de ser pessoa de direito é possuir vida.

Porém, já é entendimento de que a morte não põe fim a todos os direitos que o indivíduo possuía em vida, conforme artigos 12 e 20, p. único de ambos os artigos:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei,

---

10BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou a manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. (Grifo nosso).<sup>11</sup>

Assim é claro, que mesmo com o término da personalidade, o direito não desampara os de cujus, pode parecer estranha tal afirmação, pois alguns indivíduos podem argumentar que pela lei, pelo término da personalidade, o falecido não possua mais direitos.

Em resumo, pode-se afirmar que o morto tem resquícios de personalidade civil, não se aplicando o art. 6.º da codificação material aos direitos da personalidade, conforme preleciona TARTUCE<sup>12</sup>. Fato é que o evento morte não significa que o corpo de cujus, sua honra, imagem e dignidade desapareceram, por mais que o falecido não possa mais reagir às agressões e violações que possa sofrer após sua morte, o sentimento dos familiares, em ter a memória de seu familiar respeitada, também é assegurado e protegido juridicamente.

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DE PESSOA FALECIDA EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS À PROTEÇÃO DA IMAGEM “DE CUJUS”. (Grifo nosso).<sup>13</sup>

## 2. Do crime de vilipêndio

Pelo explanado até o momento, é obvio que os de cujus tem direitos da personalidade e assim sua imagem deve ser protegida, mesmo com o término de sua vida. Isso é claro nas esferas cível, com a responsabilidade por danos morais aos familiares e constitucional, por ser um direito inerente a todo o ser humano. Deste

---

11 BRASIL. Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

12 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único, 6.ª edição. rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

13 Apelação cível nº 70065427528, Nona Câmara Cível Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, julgado em 22/07/2015.

modo, pela necessidade de proteção de tal direito, a violação ao direito do falecido também é protegida pelo âmbito penal.

A vida é tida como o bem jurídico maior, sem esse bem, nenhum direito teria justificativa de ser, existem posicionamentos que defendem que direitos como a propriedade, liberdade, etc. são de maior importância que a própria vida.

Mas é notório que a vida é o fenômeno que atribui e aperfeiçoa os direitos aos seres humanos, assim sendo, o término da vida de um indivíduo deve ser resguardado e os atos que perturbem esse momento de fragilidade dos familiares de um de cujus são tidos como crime em nosso ordenamento jurídico.

O Código Penal de 1940, lei responsável por tipificar as condutas que são consideradas crimes, possui um capítulo exclusivo em seu texto para punir conduta contra os mortos, mais especificamente, sobre o respeito aos mortos.

No Capítulo II, do CP, possui como título Dos Crimes Contra o Respeito aos Mortos, apresentando quatro artigos, 209 ao 212. No último artigo do mencionado capítulo é trazido o crime de vilipêndio, qual seja: “Art. 212 – Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena – detenção, de um a três anos, e multa.”<sup>14</sup>

O verbo do tipo penal do artigo supra é vilipendiar, quanto ao significado de vilipêndio não existe conflito doutrinário, desse modo é apresentado o ato de vilipendiar como “aviltar, desprezar, ultrajar.

A conduta pode praticada por atos, palavras ou escritos (crime de forma livre), relativamente o cadáver ou suas cinzas”, de acordo com MASSON<sup>15</sup>. Como o verbo vilipendiar pode abrir margem a diversos entendimentos, que resumem basicamente o desrespeito contra o cadáver ou suas cinzas, é que pudesse ampliar ainda mais os atos que podem configurar o vilipêndio, incluindo em suas categorias de conduta a divulgação da imagem do cadáver, de forma a lhe denegrir a imagem, humilha-lo.

Para a doutrina, o crime de vilipêndio pode ser praticado por qualquer pessoa, incluindo os familiares e conhecidos do falecido, tem como bem jurídico o sentimento de respeito e a dignidade da pessoa morta. Mas um dos pontos capazes de gerar debate, objetivo do presente trabalho, diz respeito ao crime de vilipêndio praticado pela divulgação da imagem de cujus de forma digital.

---

14BRASIL. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

15 MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte especial – vol.2. 7ª ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2015.

Analisando-se o tipo penal e o entendimento dos doutrinadores da matéria, o elemento subjetivo do crime de vilipêndio é o dolo. “Consistente na vontade livre e consciente de ultrajar, tratar com desrespeito o cadáver ou suas cinzas”, CAPEZ<sup>16</sup>. “É dolo a vontade de praticar a conduta [...], tendo-se decidido que indispensável é o elemento moral consciente no desejo consciente de desprezar o corpo com intenção de depreciá-lo”, MIRABETE e FABBRINI<sup>17</sup>; Como distinguir as condutas dolosas e culposas, se as mídias digitais impedem que se alcance o sujeito ativo do vilipêndio?

Para CATTANI<sup>18</sup>, não se faz necessário o elemento subjetivo específico. Todo aquele que compartilhasse uma imagem estaria cometendo o vilipêndio, e não apenas aquele que dolosamente o fez. Mas como controlar todos os culpados de tal ato, com os avanços constantes das tecnologias virtuais?

Para ampliar-se o entendimento da problemática, faz-se necessário um breve esclarecimento sobre tal instrumento de veiculação de informações e imagens.

### **3. Das mídias digitais**

De forma singela, pode-se entender que mídias digitais são todos os equipamentos, objetos, sistemas, programas, etc. que integram o universo virtual, imaterial. Com tais ferramentas e avanços surgiram as redes sociais, que são utilizadas com diversas finalidades, comunicação, divulgação, compras, etc., mas, mesmo com a evidente facilidade das redes sociais e mídias digitais, o problema do anonimato se fez presente.

O que ocorre é que, por estar em constante modificação e aprimoramento, a legislação atual não consegue normatizar todas as condutas realizadas no universo virtual. Nas palavras de VIDAL<sup>19</sup>:

---

16 CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Volume 2. Parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

17 MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. Vol.2: parte especial, art. 121 a 234-B do CP. 30. ed. rev. E atual. Até janeiro de 2013. São Paulo: Atlas, 2013.

18 CATTANI, Carlos Frederico Manica Rizzi. Notas sobre vilipêndio a cadáver. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/notas-sobre-vilipendio-a-cadaver>>. Acesso em 18/05/2018 às 10h:53min.

19 VIDAL, Rodrigo de Mello. Crimes virtuais. 2015. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes\\_virtuais.pdf&ved=2ahUKEwjL7aLe3KnbAhUMipAKHd\\_GBmcQFjACegQIBRAB&usg=AOvVaw3JurBk\\_X3zoxAU58WcCPDI](https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_virtuais.pdf&ved=2ahUKEwjL7aLe3KnbAhUMipAKHd_GBmcQFjACegQIBRAB&usg=AOvVaw3JurBk_X3zoxAU58WcCPDI)>. Acesso em 18/05/18 às 10h: 53min.

O legislador vem tentando qualificar esses crimes, no entanto a legislação ainda se mostra insuficiente a combater esses crimes virtuais, cabendo aos estudiosos do Direito o trabalho para a evolução da dogmática penal segundo uma nova realidade mundial para que o mundo virtual não se transforme em um universo paralelo onde as regras do direito não tenham alcance.

Nos últimos anos, as redes sociais com os maiores números de usuários foram Orkut, Twitter e Facebook, que é o maior site de rede social do mundo, AMORIM e CASTRO<sup>20</sup>. Todas as citadas redes sociais permitem a criação da conta de usuário, apenas com cadastros simples, com isso é comum à criação de perfis falsos por pessoas mal intencionadas, e que buscam utilizar-se das redes como meio para o cometimento de crimes.

Porém, em nosso ordenamento, não existem muitas leis que tratam de crimes virtuais, apenas as Leis nº 9.609/98 softwares, 12.737/2012 Carolina Dieckmann e 12.965/14, Marco Civil da Internet, preveem penas para crimes virtuais, mas apenas contra sistemas de informática e sua invasão, não tratando especificamente de crimes como o vilipêndio na internet, que precisa de uma legislação específica, tendo em vista a especificidade dos crimes encobertos pelo uso das mídias.

#### **4. A divulgação das imagens de cujus pós mortem**

Com base em todo o explanado pode-se avaliar a situação atual da divulgação da imagem de cadáveres, sob a alegação de que a divulgação de imagens é uma forma de divulgação de informações. É corriqueiro que em nossa sociedade aconteçam fatalidades e atrocidades, que podem levar ao óbito que, devido à violência e a situação degradante em que o cadáver se encontra, levam a um cenário inquietante ao que presenciam tal situação.

Mas, infelizmente, a maioria da população tem sido influenciada por uma necessidade de estar em foco de algo, muitas vezes o que leva um indivíduo a vilipendiar um cadáver, capturando imagens do falecido em uma situação degradante e a ânsia pela exclusividade, ser aquele que primeiro capturou ou repassou algum fato a

---

20 AMORIM, Paula Karini Dias Ferreira. CASTRO, Darlene Teixeira. Mídias digitais: uma nova ambiência para a comunicação móvel. Alcar – Associação Brasileira de Pesquisadores de História da Mídia. I Encontro de História da Mídia da Região Norte. Universidade Federal do Tocantins – Palmas – Outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/alcar/noticias-dos-nucleos/artigos/Midias%20digitais%20uma%20ambiencia%20para%20a%20comunicacao%20movel.pdf>>. Acesso em 28/05/2018 às 22h: 20min.

terceiros, muitas vezes não percebendo o cometimento do crime e a violação do respeito e direito ao falecido.

Nesta seara e de acordo com o entendimento doutrinário sobre o elemento subjetivo doloso para configuração do crime de vilipêndio, as condutas realizadas por pessoas desinteressadas de ultrajar o cadáver, mas tão somente com a intenção de “informar” a ocorrência de um fato que vitimou um terceiro, não mereceria a reprovação penal de tal conduta. Para CASARA<sup>21</sup>:

“A partir da constatação das atuais condições de produção, Guy Debord percebeu que toda a vida das sociedades “se apresenta como uma imensa cumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação”. Hoje, ser-no-mundo e atuar, representar um papel como condição para ser percebido. Busca-se com isso fugir da sensação de invisibilidade e insignificância, uma vez que ser é ser percebido.”

Este é o conhecido direito penal do espetáculo, onde a aparição frente à sociedade é mais importante que o respeito de uma família vitimada. Ou seja, as fatalidades, acidentes, resultados de crimes, etc., se tornaram um grande espetáculo, em que o sentimento dos familiares ou respeito à imagem, honra e a fraternidade para com o falecido se transformou em um acontecimento capaz de colocar o vilipendiador em situação de “evidência”, o direito penal do espetáculo.

A ocorrência desse delito configura-se pela vontade em desprezar o falecido, não admitindo a modalidade culposa do crime, então aquele que compartilham imagens degradantes em mídias digitais não é responsável por seus atos?

Os direitos da personalidade do falecido e o sentimento de seus familiares podem ser deixados à margem da proteção jurídica sob alegação de que direito à informação ou liberdade de expressão? Com os artigos da Constituição, supramencionados, quais sejam art. 5º, XIV e 220, é clara a mitigação do acesso à informação, o ponto de divergência é como controlar tal divulgação via digital.

Outros pontos que devem ser levantados são: se o de cujus for o autor de um crime que acabou por leva-lo a um óbito com mutilações ou que tenha levado a uma situação degradante, este merece ter seus direitos diminuídos e imagens divulgadas? Os sentimentos de respeito por seus familiares? Alguns podem argumentar que essa seria inclusive uma forma de punição para o de cujus que em vida era um criminoso, mas por

---

21 CASARA, Rubens R. R. Processo Penal do Espetáculo: Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ª Ed. Empório do Direito Editora. Florianópolis. 2015.

óbvio sua punibilidade findou com a morte e uma forma de puni-lo, mesmo pós morte, com o cometimento de vilipêndio não é racional.

MANSO<sup>22</sup>, levanta ainda a questão da prática do vilipêndio por agentes públicos ou na presença destes. Fato é que a investigação sobre a situação que gerou a morte é investigada por agentes públicos, que muitas vezes precisam fazer registros fotográficos da cena do acontecido, mas ocorre que tem se tornado comum que os próprios agentes divulguem tais registros.

Os agentes têm legislações específicas, e encobertos pelas tecnologias digitais, fica cada vez mais difícil a sua punição, como apresenta MANSO<sup>23</sup>:

Todavia, a responsabilização penal do servidor se dá pelas condutas tipificadas como crimes específicos, ou seja, delitos cometidos em razão do exercício da função pública, [...]. E como inexistente vilipêndio de cadáver praticado no exercício das funções dos agentes públicos, tampouco no Código Penal Militar, não haverá responsabilização penal para esses casos, recaindo sobre os agentes apenas as sanções civis, em virtude do direito de regresso e as penas administrativas.

Diante da ocorrência de tal situação, principalmente em casos de celebridades, que acabam causando maior espanto e repercussão social, foram propostas alterações ao art. 212/CP. O primeiro Projeto de Lei apresentado em 2013 foi o nº 5.012, arquivado por não ter sido aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJC. Os outros dois PL's nº 2.237/15 e 436/15 são posteriores ao caso do cantor Cristiano Araújo.

Porém, até o momento, aguardam designação de relator nas CCJC, para posterior análise, conforme MANSO<sup>24</sup>. Mas de acordo com a nova redação apenas haveria um aumento de pena para os casos de reincidência ou prática do crime via divulgação de imagens ou vídeos por meio da internet.

## **Considerações Finais**

---

22 MANSO, Kátia Dias. A difusão de imagens de crimes e de acidentes no Brasil: conduta típica e violação de direitos da personalidade. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017.

23 MANSO, Kátia Dias. A difusão de imagens de crimes e de acidentes no Brasil: conduta típica e violação de direitos da personalidade. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017.

24 MANSO, Kátia Dias. A difusão de imagens de crimes e de acidentes no Brasil: conduta típica e violação de direitos da personalidade. REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017.

Os conflitos de direitos fundamentais geram calorosas discussões sobre a prevalência de uns sobre outros, e no conflito entre os direitos à imagem e à informação, prevalece o direito à imagem, devido sua importância para a dignidade humana e, mesmo após a morte, o de cujus preserva alguns de seus direitos fundamentais como, por exemplo, o direito supramencionado.

Tanto é assim, que em diversas leis do ordenamento jurídico nacional há a previsão da proteção destes direitos pelos familiares da pessoa falecida e como forma de assegurar ainda mais tal direito, a conduta de violar o cadáver ou suas cinzas é tipificada, crime de vilipêndio, que ser configurado por uma série de condutas como desprezar, aviltar, o cadáver ou suas cinzas.

Em nova interpretação a ação de registrar os cadáveres em situações degradantes, principalmente em decorrência de acidentes ou resultados de crimes, onde geralmente as condições físicas dos corpos são degradantes e violentas, também configuram o tipo penal.

Registros que tem se tornado cada vez mais comum, com o uso de mídias digitais, pois “no processo penal do espetáculo, o desejo de democracia é substituído pelo “desejo de audiência”, segundo Casara.

Segundo a doutrina, para que seja caracterizado o crime de vilipêndio é necessária à intenção dolosa do agente da conduta, o que tem se tornado cada vez mais difícil no que se refere à divulgação de imagens, pois com as mídias eletrônicas é muito difícil que a fonte inicial de tal ação seja descoberta.

Após casos famosos de divulgação de imagens de cadáveres, foram propostas alterações no artigo do Código Penal que trata do tema, qual seja o art. 212, prevendo o aumento da pena em caso de reincidência da prática de tal conduta ou vinculação de imagens ou filmagens por meio eletrônico. Mas nenhuma modificação foi realizada até a presente data.

Ante o exposto, alguns vislumbres podem se apontados, o CP/1940 resta a muito ultrapassado e os “remendos” feitos a ele, não serão suficientes para coibir a prática de determinadas condutas.

A tecnologias e a internet se desenvolvem em um ritmo assustador, e com a ausência de tipificação, algumas condutas podem deixar de ser punidas, existe a necessidade de conscientizar a população sobre tal conduta, prevendo inclusive a responsabilização daqueles que divulgam/repassam imagens vilipendiosas.

Por mais que existam propostas de alteração do CP, não parece que foram pensados nos meios de se atingirem os fins esperados, como profissionais especializados em tecnologias da informação que possam investigar e dar respostas efetivas, tipificação mais clara, etc.

Sem dúvidas as mudanças legislativas são necessárias, mas se todos os meios para alcançar o fim de prevenir ou punir os autores do crime, não atuarem conjuntamente, uma alteração será somente mais uma forma de dar uma falsa sensação de segurança.

### **Referências Das Fontes Citadas:**

AMORIM, Paula Karini Dias Ferreira. CASTRO, Darlene Teixeira. **Mídias digitais: uma nova ambiência para a comunicação móvel.** Alcar – Associação Brasileira de Pesquisadores de História da Mídia. I Encontro de História da Mídia da Região Norte. Universidade Federal do Tocantins – Palmas – Outubro de 2010. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/alcar/noticias-dos-nucleos/artigos/Midias%20digitais%20uma%20ambiencia%20para%20a%20comunicacao%20movel.pdf>>. Acesso em 28/05/2018 às 22h: 20min.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal Brasileiro.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Constituição Federal do (1988). **Constituição Federal do Brasil.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 10 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei 12.737/2012. **Lei Carolina Dieckmann.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/lei/1/2373.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/1/2373.htm)> Acesso em 23/05/2018 às 22h: 51min.

BRASIL. Lei nº 12.965 de 2014. **Marco Civil na Internet.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/lei/1/2965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/1/2965.htm)>. Acesso em 26/05/18 às 11h: 00min.

BRASIL. Lei nº 9.906 de 1998. **Lei de Software.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm)>. Acesso em 20/05/2018, às 10h: 45min.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** - 8. cd. rev. e atrn.11. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - Seio Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal. Volume 2. Parte especial:** dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo:** Ensaio sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. 1ª Ed. Empório do Direito Editora. Florianópolis. 2015.

CATTANI, Carlos Frederico Manica Rizzi. **Notas sobre vilipêndio a cadáver.** Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/notas-sobre-vilipendio-a-cadaver>>. Acesso em 18/05/2018 às 10h:53min.

DANTAS, Rosalliny Pinheiro. **A honra como objeto de proteção jurídica.** Rio Grande, 19.03.2018. Disponível em: <[www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11017](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11017)>. Acesso em: 17/05/2018 às 22h e 18min.

LEME, Fábio Ferraz de Arruda. **O direito de imagem e suas limitações.** 2012. Disponível em: <[por-litores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes](http://por-litores.jusbrasil.com.br/noticias/2995368/o-direito-de-imagem-e-suas-limitacoes)>. Acesso em: 16/05/2018 às 10h e 51min.

MANSO, Kátia Dias. **A difusão de imagens de crimes e de acidentes no Brasil: conduta típica e violação de direitos da personalidade.** REJUR - Revista Jurídica da UFERSA Mossoró, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado:** parte especial – vol.2. 7ª ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO. 2015

MIRABETE, Júlio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal. Vol.2:** parte especial, art. 121 a 234-B do CP. 30. ed. rev. E atual. Até janeiro de 2013. São Paulo: Atlas, 2013.

See European Court of Human Rights, **Weber and Saravia v. Germany**, para. 78; **Malone v. UK**, para. 64.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume Único**, 6.ª edição. rev. Atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

VIDAL, Rodrigo de Mello. **Crimes virtuais.** 2015. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes\\_virtuais.pdf&ved=2ahUKEwjL7aLe3KnbAhUMipAKHd\\_GBmcQFjACegQIBRAB&usq=AOvVaw3JurBk\\_X3zoxAU58WcCPDI](https://www.google.com.br/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/crimes_virtuais.pdf&ved=2ahUKEwjL7aLe3KnbAhUMipAKHd_GBmcQFjACegQIBRAB&usq=AOvVaw3JurBk_X3zoxAU58WcCPDI)>. Acesso em 18/05/18 às 10h: 53min.

# LEI MARIA DA PENHA: A VINDITA POR MEIO DA ALIENAÇÃO PARENTAL E IMPLANTAÇÕES DE FALSAS MEMÓRIAS

Jaqueline Oliveira Gama<sup>1</sup>  
Túlio Anderson<sup>2</sup>

## RESUMO

No presente artigo, objetiva-se identificar a má utilização da legislação de proteção à mulher, como também, encontrar respostas para as causas e efeitos que incidem na biopsicossocial daqueles que sofreram a alienação, por meio da implantação de falsas memórias por parte da genitora, para vingar-se do ex-cônjuge. A metodologia utilizada foi o estudo por meio de pesquisas bibliográficas, selecionadas por meio de delimitação temática. É feita uma análise da Lei Maria da Penha que avoca deveras discussões suscitando inúmeras polêmicas quanto à sua correta aplicação; ao correlacionar a violência doméstica e a violência familiar contra a mulher, é possível identificar uma prática comum, porém camuflada, pouco se sabe ou discute sobre a mesma: a utilização da Lei Maria da Penha como instrumento de vingança e, conseqüentemente, a produção de um conflito de ordem biopsicossocial e jurídica, qual seja, a síndrome de alienação parental e a criação de falsas memórias.

**Palavras-chaves:** Lei Maria da Penha. Alienação parental. Falsas memórias.

## ABSTRACT

This article aims to identify the misuse of legislation to protect women, as well as to find answers to the causes and effects that affect the biopsychosocial of those who suffered the alienation, through the implantation of false memories by the woman, to take revenge on the ex-spouse. The methodology used was the study through bibliographical research, selected through thematic delimitation. An analysis of the Maria da Penha Law is carried out, which promotes many discussions, provoking] numerous controversies regarding its correct application; when correlating domestic violence and family violence against women, it is possible to identify a common practice, however camouflaged, little is known or discussed about it: the use of the Maria da Penha Law as a tool for vindication and, consequently, the production of a conflict of a biopsychosocial and juridical order, that is, the syndrome of parental alienation and the creation of false memories.

**Key-words:** Law Maria da Penha. Parental alienation. False memories.

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Porto Velho-RO, Brasil. Email:jakeoliveiragama.19@gmail.com

2 Graduado em Direito pela universidade de Uberaba-1980; pós graduado em direito público pela universidade Luterana do Brasil-2002; doutorando em ciência política pela UFRGS em convênio com a faculdade católica de Rondônia. E-mail: tulio.costa@fcr.edu.br

## **Introdução**

No presente artigo, abordamos a análise da utilização da lei Maria da Penha como instrumento de vingança da genitora contra o ex-cônjuge, como também decorrente de tal prática as alienações parentais praticadas por esta, implantando falsas memórias na criança e/ou adolescentes (filhos do casal), gerando assim grande perigo no processo penal, como também inúmeras consequências e traumas ao longo da vida destas.

A lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, foi criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, esta recebeu o nome de lei Maria da Penha em homenagem a Maria da Penha Fernandes que foi vítima de violência doméstica por parte do seu ex-marido, lei de grande importância nesse combate à violência contra mulher, não há que dizer ao contrário, todavia deve ser destacado um ponto muito comum e pouco discutido atualmente, a sua utilização como mecanismo de vingança, em que a mulher utiliza de tal lei como forma de vingança contra o ex-cônjuge.

Também, vale ser destacado no presente estudo as consequências que tal prática gera nas crianças e/ou adolescentes (filhos), visto que além de gerar um dano irreparável ao cônjuge que está sendo vítima, gera também aos filhos do casal, que, em grande parte dos casos, sofrem alienação parental e implantação de falsas memórias, tema este de grande importância e essencial para o presente estudo, visto que trará maior clareza sobre este assunto, que infelizmente está sendo cada vez mais utilizado.

Desse modo, é necessário ressaltar que tal artigo não possui a incumbência de exaurir o assunto aqui abordado, e sim de plantar algumas linhas de raciocínio que possibilitem ao leitor uma compreensão sistemática sobre a utilização desta lei como mecanismo de vingança e a prática de alienação parental por meio de introdução de falsas memórias. Em meio a esta percepção, pretende-se fazer um estudo breve, porém claro, sobre o tema, pois este é de grande importância para o direito brasileiro, todavia parece estar em uma esfera longe da população, visto que a grande maioria não sabe da sua existência e nem de como tal prática torna-se cada vez mais comum e possui consequências em muitos casos irreparáveis.

Dessa forma, o leitor encontrará no artigo uma análise clara e ampla sobre a aplicação da lei Maria da Penha e a atuação do poder judiciário na resolução dos conflitos familiares no âmbito penal e civil, como com relação à concessão de medidas

protetivas de urgência por tempo indeterminado e o hábito que os juízes possuem em revalidá-las quase que automaticamente e a má utilização da legislação de proteção à mulher- lei nº 11.340/2006 – como mecanismo de vindita contra o ex-cônjuge, através das crianças e dos adolescentes, por meio da prática de alienação parental e das implantações de falsas memórias.

## **1- Lei Maria da Penha**

Durante muito tempo a mulher foi vista perante a sociedade como um ser inferior, praticamente um “objeto” em meio a um corpo social extremamente machista; seus direitos eram poucos e frequentemente violados, a ela restava apenas o conformismo em todos os aspectos ou lutar por igualdade e ser julgada como louca, desonesta, entre outros termos pejorativos.

Após muita luta, passou a conquistar direitos e garantias, todavia, era nítido o preconceito com que eram tratadas, até mesmo quando a legislação buscava oferecer-lhes “proteção”. Como afirma Mello:

A mulher, quando atendia aos requisitos de “honestidade”, poderia ser considerada vítima de crimes e merecia a “proteção do Direito Penal”, já quando entendida como “desonesta”, passava da condição de vítima provocadora, tendo recebido, muitas vezes, a intervenção do próprio sistema penal.<sup>3</sup>

No ano de 2006 foi criada a lei 11.340<sup>4</sup> - Lei Maria da Penha - que surgiu como forma de coibir a violência doméstica e familiar e foi considerada como um marco que tornou ainda mais claras a existência e a necessidade de discussão e soluções sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, que até então era pouco falada e conhecida pela sociedade, visto que, apesar de ser objeto de muitos estudos e projetos, não possuía a amplitude que possui hoje. Surgiu com o objetivo de grande abrangência, tanto no direito como em outras áreas, como a saúde, educação, assistência social; buscando não só a punição, mas sim a prevenção, ou seja, programas de conscientização para que dessa forma possam ser evitados inúmeros casos de violência, pois criminalizar nunca foi mecanismo eficaz para solucionar conflitos.

---

3 MELLO, M.M.P. Da mulher honesta à lei com nome de mulher. O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. Revista Videre (online), v. 02, p. 117-136, 2010, p. 138.

4 BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

Com sua criação ocorreu uma mudança de grande amplitude, o afastamento da incidência da lei 9.099/96 – lei dos juizados especiais-, visto que antes da referida lei era de competência dos juizados especiais os crimes de violência doméstica e familiar, por serem considerados crimes de menor potencial ofensivo, e conseqüentemente seguirem os institutos ali aplicados, de medidas despenalizadoras, como: composição de danos, transação e suspensão condicional do processo.

No artigo 14 da lei 11.340/2006, encontrava-se exposta previsão para a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, como também a forma para ocorrer sua criação, sendo estes responsáveis pelos processos, julgamentos, como também execução dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tal previsão foi considerada como grande conquista para as mulheres, facilitando o seu acesso ao poder judiciário como também a concentração de determinados litígios relacionados à violência naquela mesma competência, como é o caso do pedido de separação e pensão alimentícia.

Todavia, ocorre que a criação desses juizados especializados não ocorreu da forma esperada, como se encontra exposto em matéria publicada pelo CNJ no ano de 2017:

Apesar da ampliação das varas especializadas em violência doméstica, como recomenda o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde 2007, a maioria das cidades com elevado índice de homicídios femininos do Brasil ainda não foi atendida por esse serviço da justiça. O reduzido número de juizados especializados em violência contra a mulher nas cidades do interior expõe um dos principais desafios que o Judiciário precisa enfrentar para melhorar a aplicação da Lei Maria da Penha.

Das 112 varas especializadas em violência doméstica criadas no Brasil, mais da metade está localizada nas principais capitais dos estados. Apenas 55 varas foram criadas em municípios do interior, como revela o Mapa de Produtividade Mensal de 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Até 2006, existia no país apenas 6 varas especializadas de violência doméstica.<sup>5</sup>

Deste modo, é nítida a carência de varas especializadas no Brasil, mas também a ausência destas em cidades do interior, fato este lamentável, visto que cidades do interior, em muitos casos, são locais que possuem uma cultura predominantemente machista e que a mulher é tratada como uma propriedade do seu cônjuge ou companheiro, devido, em grande parte dos casos, à falta de conhecimento como também a uma repetição de acontecimentos que ocorrem de geração para geração, como é o caso

---

5 CNJ. Juizado de violência domestica. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84405-juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes>. Acesso em: 21/12/2017

de filhos que cresceram vendo o pai agredir a mãe e que tiveram uma educação precária, sem informação e orientações que lhe mostrassem que tal ação era errada e que não deveria existir, assim, devido à falta de informação e estrutura começa a se formar um ciclo doentio em meio àquela estrutura familiar, de acordo com Facke; Rosa e Bentancur citando Almarales:

Almarales (2002) lembra que, assim como a família é o agente socializador básico, em muitos casos, constitui-se em uma escola da violência, na qual os filhos aprendem que as condutas agressivas representam um método eficaz para controlar as demais pessoas. As crianças que convivem com pais que se agridem geralmente presenciam essas situações e, muitas vezes, tornam-se vítimas diretas da violência ou são utilizadas durante as brigas do casal para evitar a agressão.<sup>6</sup>

Assim, é evidente a importância de instauração de programas de conscientização como também varas especializadas para fornecer atendimento específico, visto que estas devem possuir um atendimento amplo que busca conscientizar e educar a sociedade, feito por profissionais capacitados para trabalhar em tal área, que passaram por capacitações específicas e que através de um atendimento especializado e detalhado seria possível que as denúncias objeto deste estudo não ocorressem de forma tão frequente.

Todavia, sem a criação dessas varas especializadas os atendimentos com as mulheres em situação de violência são feitos de forma precária (visto não ser a forma ideal e ampla que deveria ocorrer) por magistrados de varas criminais que não possuem a capacitação adequada para lidar com esses casos de violência e, conseqüentemente, não conseguem identificar quando aquela acusação é real ou uma mentira e assim acabam gerando um grande problema que é o uso indevido da lei Maria da Penha.

Tendo em vista a falta de capacitação e as grandes demandas do poder judiciário, o atendimento em varas criminais não busca entender aquele caso e fazer uma ampla análise sobre os fatos ali narrados, ao contrário, busca criminalizar e “resolver” aquela situação da forma mais rápida, independente das conseqüências, diferente do que deveria ocorrer, visto que são situações extremamente delicadas, que, nos casos objeto desse estudo, envolvem os filhos do casal (menores) e que, por tal razão, é mais um motivo para que os responsáveis analisem caso a caso e não de forma genérica, uma vez que é nítido que muitas mulheres são vítimas de violência doméstica e familiar e esta respectiva legislação deve protegê-las e ampará-las da melhor forma,

---

6 FALCKE, Denise; OLIVEIRA, Denise; ROSA, Larissa; BENTANCUR, Maria. Violência conjugal: um fenômeno interacional. Contextos clínicos, 2009, p.4.

porém, em meio as reais vítimas existem aquelas que usam dessa legislação sem necessitar, ou seja, criam situações inexistentes com um único objetivo- vingança-; acusam o ex-cônjuge ou companheiro de práticas nunca cometidas, buscando afastá-lo do seio familiar e romper os vínculos afetivos existentes entre pai e filhos, pois, ao envolver as crianças, busca-se ampliar os danos causados na vida do ex.

Lamentavelmente, a amplitude que tal legislação deveria possuir não ocorre no dia a dia, ela se restringe na maioria dos casos apenas a esfera criminal- com inúmeras falhas e precariedades- e as demais ações que deveriam ocorrer são esquecidas- estas que digamos ser essenciais, pois é através da conscientização e da educação que mudanças ocorrem, assim, é necessário salientar que esta respectiva legislação foi uma grande conquista de direitos e garantias para as mulheres, porém possui falhas e devido a estas que ocorrem as denúncias falsas, pois se sabe da lentidão em averiguação e da facilidade em criminalizar antes de averiguar, e com isso torna-se a arma perfeita para uma vingança.

### **1.1 Natureza das medidas cautelares da lei Maria da Penha**

A Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006 – assume caráter *sui generis* no ordenamento jurídico brasileiro. Sua natureza jurídica é contingente e, por isto, avoca verdadeiras discussões suscitando inúmeras polêmicas quanto à sua correta aplicação, esta lei criou um novo instituto jurídico autônomo e de caráter *sui generis*: as medidas protetivas de urgência. Porém, ao estabelecer as hipóteses legais de sua incidência, generalizou critérios e vulgarizou circunstâncias a justificar a sua decretação judicial.

Ademais, regulamentou normas procedimentais administrativas e normas processuais intrínsecas ao processo penal e ao processo civil; dispendo acerca de procedimento de cunho eminentemente cautelar. E, enquanto cautela, as medidas cautelares estão sempre direcionadas a um provimento jurisdicional futuro e submetidas a critérios valorativos díspares; conforme a área do direito processual da qual derivam. Assim, as medidas cautelares de natureza civil buscam ponderação na verossimilhança e na urgência que demandam – “*fumus bonis iuris*” e “*periculum in mora*” –, enquanto que, as medidas cautelares de natureza penal encontram seu fundamento no risco ao direito material objeto do processo penal e no perigo que o acusado representa estando em liberdade – “*fumus commissis delicti*” e “*periculum libertatis*”.

Além disso, as medidas de natureza cautelar estão subordinadas a um conjunto principiológico que as fundamentam: jurisdicionalidade e motivação, contraditório, provisionalidade, provisoriedade, excepcionalidade e proporcionalidade. Ao contrário, as medidas protetivas de urgência designam conteúdo satisfatório de caráter repressivo, preventivo e assistencial, e, por isso, ao desvincularem-se do processo, adquirem autonomia jurídica – a princípio, seriam procedimentos cautelares sem conteúdo de cautelar.

Consequentemente, o novo instituto das medidas protetivas de urgência previsto na Lei Maria da Penha agrega uma desmedida arbitrariedade jurídica em relação aos (des)critérios que regulam sua imposição, e, em razão da incapacidade de exercer efetivamente seu controle judicial –; tanto em relação ao sujeito sobre a qual recai, quanto em relação a temporalidade em que perdura.

## **2- Síndrome de Alienação Parental**

A muito conhecida por todos, alienação parental, segundo o psiquiatra estadunidense Richard A. Gardner, deve ser referida pelo termo Síndrome de alienação parental (SAP), termo este criado por ele em 1985 para definir um conjunto de sintomas que a criança apresenta de forma similar de uma para outra decorrente da prática de alienação parental (AP); seria assim a síndrome o resultado da prática da alienação parental- esta que é o ato de induzir a criança a se posicionar contra o genitor que esta sendo alienado e a favor do genitor alienador, como estabelece o artigo 2º da lei 12.318/2010<sup>7</sup> (lei da alienação parental).

Por conseguinte, após a breve definição do que seria essa síndrome, é necessário relatar como ela ocorre e quais as consequências que trará para a adolescência e vida adulta da criança; esta alienação poderá ocorrer de diversas formas, algumas diretas outras indiretas, como por exemplo, falar claramente para a criança que o pai é ruim e que maltrata a mãe, que não gosta dos filhos; ou através de associações negativas, como por exemplo: todas as vezes que a criança demonstrar uma atitude incorreta ou fizer algo de errado será associada ao pai, deixando assim na mente da criança a ideia de que todos os comportamentos negativos são iguais aos do seu pai, ou seja, seu pai é uma

---

7 BRASIL. Lei da Alienação parental. Lei n. 12.318/2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Presidência da República, 2010.

pessoa que só possui defeitos, pois nunca foi associado a ele um comportamento positivo. Segundo Richard A. Gardner:

É importante notar que a doutrinação de uma criança através da SAP é uma forma de abuso – abuso emocional - porque pode razoavelmente conduzir ao enfraquecimento progressivo da ligação psicológica entre a criança e um genitor amoroso. Em muitos casos pode conduzir à destruição total dessa ligação, com alienação por toda a vida. Em alguns casos, então, pode ser mesmo pior do que outras formas de abuso - por exemplo: abusos físicos, abusos sexuais e negligência. Um genitor que demonstre tal comportamento repreensível tem uma disfuncionalidade parental séria, contudo suas alegações são a de que é um genitor exemplar. Tipicamente, têm tanta persistência no seu intento de destruir o vínculo entre a criança e o genitor alienado, que se torna cego às conseqüências psicológicas formidáveis provocadas na criança, decorrentes de suas instruções de SAP – não apenas no presente, em que estão operando essa doutrinação, mas também no futuro.<sup>8</sup>

Neste presente estudo, será dada ênfase na alienação parental utilizando a implantação das falsas memórias na criança, ou seja, por serem tão vulneráveis e facilmente manipuláveis muitos pais as utilizam como forma de agredir o outro genitor, isto é, através da prática de alienação parental implantam-se falsas memórias na criança e ela, respondendo às expectativas, cria no seu imaginário aquilo que foi sugestionável e assim acaba destruindo com o genitor e rompendo os vínculos familiares “Órfão do genitor alienado, à criança restará a possibilidade de identificação com o genitor patológico e, portanto, uma “opção” pela doença ou, pelo menos, com a parte menos saudável desse genitor.”<sup>9</sup>, acontecimentos esses que gerarão danos irreparáveis no decorrer da vida desta criança.

Na maioria dos casos, a genitora implanta essa falsa memória relacionada a abusos sexuais e são criadas em grande parte dos casos tendo como base um acontecimento real, por exemplo: a criança, certa vez, fez um passeio com o genitor em um parque, a genitora então cria a falsa memória na mente da criança em cima daquele acontecimento, inventando situações nunca ocorridas e a criança por ser vulnerável e facilmente manipulável responde às expectativas do genitor alienador e cria no seu imaginário aquilo que foi sugestionável; relacionar essa falsa memória com abusos sexuais é a forma mais utilizada pelas genitoras, visto serem os mais impactantes e que rapidamente as autoridades rompem o contato da criança com o genitor, tal prática pode decorrer de inúmeros motivos, entre eles: inconformismo da genitora alienante pelo

---

8 GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)? Manuscrito não publicado- aceito para publicação, 2002, p. 02.

9 TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 284.

término do relacionamento; início de um novo relacionamento do genitor alienado após a separação; raiva decorrente de um divórcio litigioso.

Ou seja, são inúmeros os motivos que em geral a genitora alienante utiliza para justificar a sua atitude, em que o que ela busca é a vingança contra o seu ex-cônjuge, sem pensar nas consequências que irá causar na vida da criança alienada como também do genitor alienado; assim, como mecanismo de vingança como está exposto no título do presente artigo, ela implanta uma falsa memória na criança, fazendo esta acreditar que foi abusada sexualmente pelo pai, fato este que não é muito difícil de implantar na memória da criança, visto a memória aflorada e imaginária que esta possui.

Uma criança que sofreu tal alienação dificilmente terá uma adolescência e uma vida adulta saudável, precisará de tratamentos e terapias para poder recuperar-se de tais traumas, visto que, enquanto criança, não perceberá o que está ocorrendo, todavia ao longo do seu desenvolvimento dará conta de que fez parte mesmo que inconscientemente de uma vingança contra seu próprio pai, que era inocente de todas as acusações que junto com sua genitora fizeram. Segundo Fiorelli e Mangini:

As consequências para a criança, em geral, indicam sintomas como depressão, incapacidade de adaptar-se aos ambientes sociais, transtornos de identidade e de imagem, desespero, tendência ao isolamento, comportamento hostil, falta de organização e, em algumas vezes, abuso de drogas, álcool e suicídio. Quando adulta, incluirão sentimentos incontroláveis de culpa, por se achar culpada de uma grande injustiça para com o genitor alienado.<sup>10</sup>

Infelizmente, tais acontecimentos são difíceis de comprovar, pois a palavra da mãe e a confirmação da criança (através da implantação de falsas memórias) já são suficientes para que a vida do pai seja destruída, por tais motivos é necessária muita cautela, de acordo com Bandeira e Lago citando Calçada:

Não se deve iniciar uma avaliação de abuso sexual considerando que a denúncia seja válida. A atitude deve ser de respeito e de busca de evidências. É necessário investigar o entorno histórico e social da família, jamais levando em consideração apenas o relato da criança, o que pode nos levar ao erro de entrar na sua fantasia. Há que se atentar também para o fenômeno da negação, que é um perfil não só dos abusadores, mas também dos falsos acusados.<sup>11</sup>

Tendo em vista que essas situações são de ampla complexidade e que, nas acusações, a genitora alienadora e a criança vítima da implantação não necessariamente precisam dizer que ocorreu conjunção carnal entre o genitor e o(a) filho(a), visto que

---

10 FIORELLI, José Osмир; MANGINI, Rosana. Psicologia Jurídica. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 313.

11 BANDEIRA, Denise; LAGO, Vivian. A psicologia e as demandas atuais do direito de família. Psicologia ciência e profissão, 2009, p. 296.

através de exames seria comprovada a calúnia, alegam que ocorreu outro tipo de ato libidinoso que não deixe vestígios, e estes sim são difíceis de comprovar e a palavra da genitora com a afirmação inocente da criança alienada bastam para que medidas protetivas sejam concedidas, inquérito instaurado e posteriormente uma denúncia que se estenderá a um longo processo judicial, enquanto isso sabendo da lentidão do poder judiciário no nosso país, esse pai ficará longe da(o) filha(o) durante anos, sendo permitida quando muito visitas na frente de assistentes sociais, em ambientes frios e hostis, assim, após anos passando por esses inúmeros traumas se comprovará que aquela acusação era falsa e aquele homem inocente, comprovação esta que poderá ocorrer até mesmo através da genitora, que, devido ao sentimento de culpa, confessa a mentira que inventou e a implantação da falsa memória que fez na filha(o). De acordo com Di Gesu:

Não há como desconsiderar - como faz a legislação processual brasileira- o aspecto subjetivo da testemunha, bem como não levar em conta o fato de a memória ser altamente dinâmica e a percepção parcial. A produção de uma prova com qualidade é de suma importância, pois o que está em jogo é a liberdade de uma pessoa acusada de cometer um delito. Ademais, uma prova deficitária ou um depoimento extremamente fantasioso não serão legítimos a obter a captura psíquica do julgador.<sup>12</sup>

### **3- Falsas Memórias**

Para uma compreensão ampla do que são as falsas memórias e como ocorrem, é necessário fazer um breve estudo através das doutrinas sobre como funciona a memória e sua importância na prova testemunhal. A memória não é precisa, ao contrário, ela possui inúmeras falhas e jamais conseguirá transmitir o que realmente aconteceu em determinada situação, pois é extremamente criativa e sua percepção nunca é completa, ela não nos permite reproduzir exatamente um acontecimento, mas sim uma interpretação deste. Desse modo, Segundo Callegaro:

Muitos destes estudos iniciais foram baseados na metodologia simples de pedir aos sujeitos para ler histórias e depois recontar o que haviam lido. A análise do material mostrou que as passagens lembradas eram mais curtas e coerentes, como uma versão reordenada, reconstruída e condensada da original. Quando confrontados mais tarde com as duas versões, a original e a distorcida, demonstravam mais convicção na sua versão, que havia sido editada de modo a fazer sentido. Não havia confabulação nem mentira – os sujeitos interpretaram a história. Nossa percepção e memória envolvem processos de transformação, interpretação e síntese das informações sensoriais, e não um registro fiel do mundo externo. A recuperação ou lembrança da memória armazenada depende da capacidade de remontar

---

12 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.96.

novamente, a partir das modalidades sensoriais específicas, a imagem da situação vivida, e neste processo nosso cérebro lança mão de diversas estratégias cognitivas para gerar uma recordação coerente, como excluir elementos díspares, adicionar os que faltam, construir suposições implícitas e acreditar nelas, fazer inferências, etc.<sup>13</sup>

Assim, são nítidos os processos de transformação que envolvem a memória humana, em que, de acordo com as inúmeras vezes que for invocada, poderá ser alterada, muitas vezes em pequenos detalhes, porém em muitos casos são esses detalhes os fundamentais para um processo, e dessa forma, é evidente também, que essa interpretação possui diversas falhas e não é absoluta. Segundo Di Gesu:

Nesse sentido “o conteúdo da memória é função da velocidade do esquecimento. Isso quer dizer que a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento. Porém, a rapidez do esquecimento é mais importante, porque se esquecemos muito rápido caímos na amnésia, mas se nós não esquecemos ficamos loucos.”<sup>14</sup>

A memória está fortemente ligada à emoção, é esta que faz com que as recordações surjam, todavia tal relação é bastante delicada e requer muito cuidado, tendo em vista que emoções em níveis elevados comprometem as lembranças, como no caso de acontecimentos traumáticos onde a memória é afetada, visto que fazem com que o sujeito guarde consigo a emoção e acabe esquecendo os principais detalhes que são os da memória cognitiva (responsável pelos detalhes técnicos, importantíssimos, pois são livres das alterações que as emoções causam), “Os detalhes acabam por se desvanecer com o passar do tempo e, quando uma lembrança de um determinado acontecimento é evocada, acabam vindo à tona apenas os detalhes emocionais, carregados de subjetivismo.”<sup>15</sup>, assim, os detalhes essenciais para o processo infelizmente acabam desaparecendo, fato este lamentável, pois são fundamentais visto serem livres de emoção e dos danos que a emoção causa na memória e nas lembranças.

Os neurologistas já demonstraram através de estudos e pesquisas que emoção e razão estão conectadas e que por tal motivo não há como separar uma da outra, de modo que ao recordar uma lembrança ela surge de acordo com o estado emocional do indivíduo, ou seja, se está triste ou feliz surgem lembranças que correspondem a esse estado; como também que pessoas que possuem distúrbios como a depressão possuem

---

13 CALLEGARO, Marco. A construção de falsas memórias. Neurociência. Volume 2º, 2005, p. 145.

14 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.105.

15 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.116.

dificuldades de lembrar-se dos detalhes de situações que vivenciaram. De acordo com Di Gesu:

[...] existe uma dificuldade em se tratando de prova testemunhal, em cindir o real do imaginário, ou seja, o acontecimento fático das posteriores contaminações feitas pela memória, pela emoção, pela indução e pelas falsas memórias. A “verdade” do processo é sempre colocada em cheque, pois é difícil mensurar até que ponto não há fatos ou apenas interpretações das interpretações. Não se nega a possibilidade de a prova ter algum elo de ligação com a realidade; contudo, não se pode olvidar de toda a problemática posta em questão, não só no direito, mas também na história e demais campo do saber.<sup>16</sup>

Assim, tratando das falsas memórias, estas poderão ser formadas de dois modos: espontaneamente, em que o próprio sujeito passa por essa alteração sem que haja nenhuma influência do mundo exterior; ou através de uma informação incorreta inserida na memória deste sujeito, através da sugestão por outro indivíduo, em que faz com que o primeiro passe a acreditar na ocorrência de tal fato por meio dessa manipulação praticada, que poderá ocorrer através da modificação de um acontecimento que realmente aconteceu ou criando um novo que nunca ocorreu. Segundo Di Gesu:

Os primeiros estudos acerca da falsificação da memória remontam o início do século XX, mais precisamente com BINET em 1900, na França e com STERN em 1910, na Alemanha. Estes autores realizaram os primeiros experimentos demonstrando a ilusão ou falsificação da lembrança em crianças. Mais tarde, em 1932, BARTLETT investigou, pela primeira vez, o fenômeno em adultos.[...] nesse contexto, Elizabeth LOFTUS apareceu bem depois, ou seja, nos anos 70. Entretanto, a nosso ver, o que fez dela uma das maiores autoridades sobre o tema, foi justamente a introdução de uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, consistente na sugestão da falsa informação. Cuida-se da inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa.<sup>17</sup>

Segundo François Gorphe<sup>18</sup> (1949) existe dois erros que estão relacionados às falsas memórias, que são os erros de compreensão – em que o que ocorre é uma interpretação equivocada pelo indivíduo com relação a determinado acontecimento; e os erros por invenção – em que o que ocorre são criações de elementos não existentes; segundo Gorphe, adentrando na categoria dos erros, é possível relatar a confabulação – esta que é uma classe de erro em que o indivíduo preenche a lacuna existente na sua

---

16 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 92.

17 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 106-107.

18 GORPHE, François. La critica del testimonio. 2ª ed. Tradução de Mariano Ruiz- Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

memória com relação a determinado acontecimento através de lembranças falsas, que, na maioria dos casos, são formadas através de um procedimento automático que o próprio sujeito faz, através de associações para preencher aquele vazio ou de sugestões, é um acontecimento espontâneo, em que o indivíduo não percebe que está ocorrendo. De acordo com Di Gesu:

Falando em metáforas, os detalhes percebidos vão se desvanecendo ao longo do tempo, restando apenas a “ossatura” de uma recordação, assemelhada a uma radiografia ou a uma árvore despida de folhagem. A imagem “esquelética”, ao ser evocada, é revestida inconscientemente com detalhes não vivenciados.<sup>19</sup>

Após breve exposição sobre as falsas memórias, é perceptível a complexidade que a mesma possui, todavia, esta complexidade ganha proporções ainda maiores quando envolve crianças, visto que qualquer situação que as envolva deve ser tratada com cuidado e por profissionais capacitados, uma vez que, essas possuem uma visão única, ou seja, para elas os detalhes que a chamam atenção não são os mesmo perceptíveis por um adulto, que normalmente ao analisar algo olha para os pontos principais; isso ocorre, porque de certa forma elas vivem em uma realidade muitas vezes imaginária e que gira em torno de si, daí decorre o fato de que para a criança tudo que a envolve é melhor ou mais importante, os pais dela são os mais bonitos, a casa dela, o desenho dela, entre outros exemplos.

De forma que, enquanto possuem um egocentrismo natural da infância; são também muito emotivas e possuem uma imaginação aflorada, de modo que de uma história ou imagem elas criam inúmeros detalhes não existentes, assim, por possuírem tantas características de vulnerabilidade e imaginação é necessário inúmeros cuidados ao conversar com uma criança buscando informações sobre um acontecimento ou delito que a envolve ou que tenha presenciado, para evitar que injustiças sejam cometidas e que inocentes respondam por delitos que não cometeram ou que percam o vínculo familiar devido a uma mentira elaborada por simples e cruel vindita. Segundo Altavilla:

A primeira regra a seguir é, por conseguinte, que se torna necessário reduzir as perguntas ao mínimo possível, procurando fazer com que a criança fale; a segunda regra é que as perguntas deverão ser feitas de maneira a não conterem sugestões e não revelarem a opinião de quem interroga; a terceira regra é que não devemos contentar-nos com respostas lacônicas, com monossílabos afirmativos ou negativos, pois a criança diz, por vezes, sim ou não indiferentemente; a quarta regra é que, se a narração for fragmentaria e incompleta, e se verificarmos que, ao repeti-la, a criança não acrescenta

---

19 DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 114.

outros pontos, não devemos forçá-la a pormenoriza-la e a completá-la, se não quisermos vê-la introduzir na narração elementos de pura fantasia.<sup>20</sup>

Por tais motivos, que o tema em questão possui complexidade e deve ser estudado, visto que é de extrema importância para a sociedade e para o direito, sendo nítida a fragilidade da prova testemunhal, a vulnerabilidade das crianças, sua facilidade em ser manipulada e utilizada como instrumento de vingança, como explicam os autores aqui citados. Segundo Di Gesu citando François Gorphe:

Assim, o direito, em especial o processo penal, não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber, pois depende, na grande maioria dos casos, das lembranças das testemunhas. GORPHE já afirmava que “desde que existem os homens e desde que têm a pretensão de fazer justiça, se tem valido do testemunho como mais fácil e mais comum dos meios de prova”. Por isso, se faz necessário conhecer um pouco mais a memória, o que nela está impregnado e de que forma influencia a vida das pessoas.<sup>21</sup>

Desta forma, é necessário não apenas de uma análise detalhada sobre cada caso, como também de profissionais especializados tanto na área do direito como na psicologia, buscando realizar um trabalho amplo e de forma conjunta, a fim de solucionar conflitos e evitar que falsas acusações sigam adiante e gerem ainda mais danos, visto que quanto mais tempo uma mentira se estender, maiores são as consequências para todos os indivíduos ali envolvidos, mas principalmente para a criança, visto ser essa a pessoa mais frágil em meio as que estão relacionadas naquela respectiva situação, pois se encontra em uma fase de mudanças, inseguranças, imaginação aflorada, entre inúmeras outras características que a torna um instrumento de manipulação perfeito para um genitor alienador.

As crianças, devido a sua imaturidade decorrente da idade, são facilmente manipuláveis e buscam responder às expectativas daqueles que estão fazendo os questionamentos, ou seja, ao fazer uma pergunta com certa expectativa na resposta, a criança com sua imaginação aflorada logo tenta responder da forma que percebe que aquele profissional espera.

Por tal razão é de tamanha importância a presença de profissionais qualificados, que saibam conduzir essas situações delicadas da melhor forma possível, visto a amplitude de tais casos e a facilidade que a mente humana possui em receber

---

20ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária. Vol.1. Reimpressão da 2. ed. de 2003. Tradução de Fernando de Miranda. São Coimbra: Almedina, 2007, p. 68.

21DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 100.

influências, e em especial alguns grupos mais que outros, como é o caso das crianças; como também que possuam consciência da dificuldade em identificar tais acontecimentos, e que saibam que se tratando de crianças a situação é ainda mais delicada e qualquer demonstração de expectativa em alguma resposta poderá o afastar cada vez mais da realidade, como também, questionamentos insistentes e que exijam detalhes das crianças são quase sempre a pior forma de conseguir informações reais e corretas, pois ao pressionar uma criança para que relate detalhes de algo, estará abrindo a porta da sua imaginação e, a partir daí, terá início inúmeras invenções e “mentiras”. Segundo Callegaro citando Schacter:

A evocação de uma memória envolve uma complexa interação entre as expectativas do sujeito quanto ao que espera recordar, o que ficou guardado do passado e o ambiente atual, e os métodos sugestivos aumentam a influência do presente na determinação do que é lembrado. Emergem dessas investigações, evidências de que experiências emocionais completas e com um forte sentimento de engajamento pessoal têm maior probabilidade de serem criadas, seja em ambientes terapêuticos ou na vida cotidiana, quanto maior for a presença destas três condições externas: demandas sociais que incentivam as pessoas a lembrar de algo, encorajamento explícito para imaginar eventos e também estímulo para as pessoas não pensarem se suas construções são reais. Estes achados tem importantes implicações. Mesmo o mais experiente e qualificado clínico não tem muito a fazer para diferenciar um implante de uma memória verdadeira, se não existirem dados que corroborem objetivamente as lembranças. Além disso, todo profissional de saúde mental precisa conhecer e restringir a poderosa influência exercida pelas situações, onde a imaginação é usada como instrumento para relembrar o passado.<sup>22</sup>

### **Considerações Finais**

Conclui-se, ao final deste trabalho, que a má utilização de uma legislação causa inúmeras consequências, manipular uma criança para atingir o seu genitor é uma ação cruel e que gerará danos em muitos casos irreparáveis; a genitora ao implantar uma falsa memória no seu filho(a), sobre um abuso ou outra ação praticada pelo genitor, não estará atingindo apenas o seu ex, mas o seu próprio filho, como também a aplicabilidade daquela legislação e sua credibilidade; de modo que irá mover o poder judiciário através de uma mentira, enquanto uma mulher que realmente precisa de apoio poderia estar sendo amparada em seu lugar.

Ocorre que os debates sobre a má utilização dessa legislação de proteção a mulher ainda são poucos, principalmente devido ao medo existente sobre relatar tais temas e acabar retirando a credibilidade de tal legislação ou “manchando” a sua

---

22CALLEGARO, Marco. A construção de falsas memórias. Neurociência. Volume 2º, 2005, p. 150.

efetividade; todavia, camuflar ou simplesmente não discutir algo que ocorre constantemente só faz piorar a situação, tendo em vista que é através da informação e do conhecimento que as coisas possuem a chance de mudar.

O tema escolhido como objeto deste estudo possui uma longa amplitude, de tamanha complexidade que não seria possível sua abordagem completa em um artigo para conclusão da graduação, dessa forma, aqui foram abordados os pontos centrais e reflexivos, buscando uma ampla compreensão sobre tal prática; de modo que seja possível uma conscientização dos danos que essa prática gera na vida do *infat* e do genitor alienado.

As causas e os efeitos que incidem na biopsicossocial daqueles que sofreram a alienação, através da implantação de falsas memórias, por parte de sua genitora para vingar-se do ex-cônjuge, são imensos, e o poder judiciário devido em grande parte dos casos a falta de especialização (juizados especializados e treinamento dos magistrados para cuidar desses respectivos casos) e de analisar cada caso de uma forma única e não simplesmente generalizar e taxar todos os casos como a mulher vitima e o homem sempre culpado e agressor, antes mesmo de verificar e buscar saber a realidade dos fatos (como foi abordado no tópico que tratou da lei 11.340/2006).

Assim, pode-se dizer que a falta de varas especializadas em violência doméstica é uma das grandes aliadas para a má utilização da legislação de proteção à mulher, visto que a sua ausência direciona esses respectivos casos a profissionais que além de não estarem habituados com essas situações não possuem o amplo conhecimento sobre tais casos, de modo que julgam de forma generalizada buscando “solucionar” aquele conflito e, conseqüentemente, não conseguem identificar quando aquela acusação é real ou uma mentira.

Tais situações poderiam ocorrer de forma diferente se fosse analisado e julgado por uma vara especializada e por magistrados que se prepararam e possuem o conhecimento necessário para saber lidar com esse tipo de situação e que busca não apenas “solucionar” mais um caso, mas sim entender e desvendar aquele conflito, com ajuda de psicólogos, buscando assim, evitar que inocentes sejam condenados por algo que não cometeram e muito menos que percam o vínculo familiar com seus filhos devido a fatos inverídicos atribuídos a eles por genitoras alienadoras.

Outro ponto bastante delicado está ligado ao hábito que os juízes possuem de revalidar, quase que automaticamente, as medidas protetivas de urgência, para, além de descaracterizar o próprio instituto jurídico por meio do excesso de proteção, propiciar à

“vítima” a possibilidade de transformar um instrumento de segurança em um instrumento de vindita, além de criar uma indeterminação temporal que se presentifica na imposição de uma “pena” mais grave que a própria condenação penal do suposto agressor.

A síndrome de alienação parental surge como uma demonstração de força em que a criança é vista como o instrumento perfeito a personificar a fábula da angelização do eu (alienante) e da diabolização do outro (alienado), as consequências são catastróficas, como: depressão, dificuldade em socializar, abuso de álcool e drogas, e sua adolescência e vida adulta dificilmente será saudável, pois tais traumas deixam sequelas e necessitam de longos tratamentos e terapias, visto que são justamente as nossas vivências – experiências/aprendizados, percepções/lembranças, sentimentos/emoções, imagens/representações – que nos constituem enquanto sujeitos comunicativos e interativos; por conseguinte, é precisamente na “minha” relação com o outro – na criação dos laços afetivos – que o nosso inconsciente se estrutura e organiza a subjetividade.

Por tais fatos que, a presente pesquisa possui importância no ordenamento jurídico brasileiro, como também na área da psicologia, tendo em vista que faz um estudo de uma prática que possui como consequências danos no âmbito do direito penal, civil e na vida biopsicossocial do indivíduo. A prática aqui relatada, utilização de uma legislação de proteção à mulher como forma de vindita contra o ex-cônjuge, utilizando-se dos filhos, (crianças e/ou adolescentes) em que a genitora implanta falsas memórias na mente destes (sendo esta uma prática de alienação parental) e com isso utiliza da legislação citada para destruir a vida do ex-cônjuge e romper com todos os vínculos que este possui com seus filhos; é uma prática comum e camuflada, pouco se sabe ou discute, o que é comum são discussões separadas de cada um (lei Maria da penha, alienação e falsas memórias), porém, não se tem um estudo da prática dos três juntos.

Por ser um tema pouco discutido, essa pesquisa possui grande relevância acadêmica, visto que trará a tona um tema que é constantemente praticado no dia a dia, porém, pouco divulgado ou estudado, assim, através da leitura deste estudo tanto os acadêmicos do curso de direito, como também profissionais da área, poderão conhecer melhor como ocorrem tais práticas e quais consequências; bem como aqueles que não são da área do direito poderão se informar, saber identificar e evitar que tal situação ocorra em meio a seu âmbito familiar; e assim, busca-se impedir que tal acontecimento continue a ocorrer e a gerar tantos danos, que na maioria dos casos são irreparáveis.

## Referências das Fontes Citadas

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol.1. Reimpressão da 2. ed. de 2003. Tradução de Fernando de Miranda. São Coimbra: Almedina, 2007.

BANDEIRA, Denise; LAGO, Vivian. A psicologia e as demandas atuais do direito de família. **Psicologia ciência e profissão**, 2009

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei n. 11.340/2006. Coíbe a violência doméstica e familiar contra a mulher. Presidência da República, 2006.

BRASIL. **Lei da Alienação parental**. Lei n. 12.318/2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Presidência da República, 2010.

BRASIL. **Lei que institui e disciplina a guarda compartilhada**. Lei 11.698/2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2008.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei n. 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. **Lei que estabelece o significado da expressão guarda compartilhada e dispõe sobre sua aplicação**. Lei nº 13.058/2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, 2014.

CALLEGARO, Marco. **A construção de falsas memórias**. Neurociência. Volume 2º, 2005.

CNJ. **Juizado de violência doméstica**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84405-juizados-de-violencia-domestica-ainda-sao-insuficientes>. Acesso em: 21/12/201

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

**DICIONÁRIO da língua portuguesa**. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com>>. Acesso em: 12/01/2018.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FALCKE, Denise; OLIVEIRA, Denise; ROSA, Larissa; BENTANCUR, Maria. **Violência conjugal: um fenômeno interacional**. **Contextos clínicos**, 2009.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana. **Psicologia Jurídica**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?** Manuscrito não publicado- aceito para publicação, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GORPHE, François. **La critica del testimonio**. 2ª ed. Tradução de Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

MELLO, M.M.P. Da mulher honesta à lei com nome de mulher. O lugar do feminismo na legislação penal brasileira. **Revista Videre** (online), v. 02, p. 117-136, 2010.

PASINATO, Wânia. Oito anos da lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. **Revista estudos feministas**, 2015.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

# **AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: Instrumento de Efetividade do Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Um Estudo na Comarca de Porto Velho-RO**

Felipe Augusto Almeida do Nascimento<sup>1</sup>  
Andreia Alves de Almeida<sup>2</sup>

## **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a Audiência de Custódia no Brasil, por ser signatário de Tratados Internacionais que trazem sua previsão legal. Serão abordados os princípios constitucionais da Presunção de Inocência e Dignidade da Pessoa Humana. Em especial, à Audiência de Custódia na Comarca de Porto Velho/RO, verificando se sua realização apresentou resultado positivo ou significativo, averiguando o perfil das decisões proferidas, sobretudo as concessões de liberdade provisória e conversão em preventiva. Por fim, trazendo em números as medidas cautelares aplicadas na concessão de liberdade do acusado, assim como das audiências realizadas em Porto Velho. Portanto, é indiscutível a eficácia do instituto para buscar ao preso a sua dignidade e integridade física. Trata-se de pesquisa bibliográfica, com abordagem dedutiva e qualitativa de cunho descritivo. Baseou-se em documentos como doutrinas, artigos, relatórios estatísticos coletados junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia para o desenvolvimento do artigo.

**Palavras-chave:** Audiência de Custódia. Direitos Fundamentais. Prisão preventiva. Sistema Carcerário. Pactos Internacionais de Direitos Humanos.

## **ABSTRACT**

The purpose of this article is to discuss the Hearing of Custody in Brazil, for being a signatory of International Treaties that bring their legal prediction. The constitutional principles of the Presumption of Innocence and Dignity of the Human Person will be addressed. In particular, to the Hearing of Custody in the District of Porto Velho / RO, verifying if its accomplishment presented a positive or significant result, ascertaining the profile of the decisions rendered, especially the provisional release of concessions and conversion into preventive. Lastly, bringing in numbers the precautionary measures applied in granting the defendant's freedom, as well as the hearings held in Porto Velho.

---

1 Bacharel em Direito pela Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: felipealmeida131294@gmail.com

2 Doutoranda em Ciência Jurídica Interinstitucional pela UNIVALI/Faculdade Católica de Rondônia. Mestre pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha em Direito Ambiental. Especialista em Direito Penal pelas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Professora dos Cursos de Direito da Faculdade Interamericana de Porto Velho (UNIRON). Professora da Pós na Faculdade Católica de Rondônia. Porto Velho/RO, Brasil. E-mail: andreiatemis@gmail.com

The effectiveness of the institute is therefore indisputable in order to seek the prisoner for his dignity and physical integrity. It is a bibliographical research, with a descriptive and qualitative deductive approach. It was based on documents such as doctrines, articles, statistical reports collected at the Court of Rondônia State for the development of the article

**Keywords:** Custody Hearing. Fundamental rights. Pre-trial detention. Prison system. International Covenants on Human Rights.

## **Introdução**

O Estado brasileiro vive um momento de crise carcerária sem precedentes. A escalada da criminalidade amparada em facções criminosas que se apossaram do poder aliada à inércia estatal no trato com o sistema prisional gerou um estado de constante violação de direitos humanos em todos os rincões da nação, crise chamada pelo STF de “estado de coisas inconstitucional”. Atento a esta crescente preocupação do sistema judiciário, o CNJ implementou em todos os Tribunais do país, a chamada “Audiência de Custódia” destinada a analisar em tempo reduzido a regularidade das prisões cautelares de toda natureza, oportunizando à pessoa presa o contato direto com uma autoridade judicial, a quem poderá relatar a ocorrência de alguma violação de suas garantias constitucionais.

Este instituto é, no enfoque deste trabalho, uma garantia de efetivação do princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, pois até que seja formada a culpa, toda e qualquer pessoa deve ser tratada como inocente e não deve, dependendo da gravidade e circunstâncias do crime que lhe é atribuído, ser colocada, preventivamente, nas prisões precárias brasileiras.

O texto traz, inicialmente, uma abordagem principiológica do tema para, adiante, passar a elencar e comentar os principais fundamentos normativos da audiência de custódia, como convenções internacionais, normas internas e resoluções do CNJ, bem como suas finalidades e características.

Nas últimas seções, tratou-se da interação da audiência de custódia com o processo penal e demonstrou-se ainda, por meio de gráficos, o funcionamento deste procedimento na Comarca de Porto Velho.

Ao final, compreende-se que a audiência de custódia está em pleno funcionamento na Comarca objeto de pesquisa e tem servido como valoroso filtro das prisões cautelares, destinando ao cárcere apenas aqueles que realmente preenchem os requisitos legais, bem como os já condenados por sentença transitada em julgado.

## 1- Princípios

### 1.1 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência foi incluído, expressamente, em nosso ordenamento jurídico através da Constituição Federal de 1988, mais precisamente no artigo 5º, inciso LVII, que dispõe “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Nesse contexto, todos os indivíduos são, presumivelmente, inocentes (até que se prove o contrário), ou que seja formada sua culpa, incumbindo à acusação o ônus probatório da materialidade e autoria delitivas, só podendo ocorrer o cerceamento da liberdade em situações excepcionais e de estrita necessidade.

Ademais, o princípio da presunção de inocência impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas/fundamentais em relação ao acusado. A primeira, refere-se ao **tratamento** do indivíduo, pois ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade. Isto é, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode o indivíduo sofrer restrições pessoais, exclusivamente, na possibilidade de condenação. Já a regra **probatóri** visa estabelecer que todo o ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria deve recair, exclusivamente, sobre a acusação, ou seja, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado e não este provar sua inocência.

Citamos adiante o conceito doutrinário de Aury Lopes<sup>3</sup> sobre este princípio:

É um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos. Essa opção ideológica (pois eleição de valor), em se tratando de prisões cautelares, é da maior relevância, visto que decorre da consciência de que o preço a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém inocente (pois ainda não existe sentença definitiva) é altíssimo, ainda mais no medieval sistema carcerário brasileiro.

Este princípio tem sido objeto de grande polêmica nos últimos anos, pois no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal (STF), modificou o seu posicionamento quanto ao princípio da não culpabilidade ou presunção de inocência,

---

3 Lopes Jr., Aury. Prisões cautelares / Aury Lopes Jr. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo, Saraiva, 2017. 1. Direito penal 2. Prisão (Direito penal) - Brasil 3. Prisão preventiva - Brasil 4. Medidas cautelares - Brasil I. Título. 16-1498 CDU 343.126

considerando compatível com a Constituição a execução provisória da condenação logo após o exaurimento da matéria de mérito em segunda instância, o que permitiu a recorribilidade em liberdade apenas até o julgamento dos embargos de declaração em apelação. A decisão polêmica desconsidera de forma **corriqueira** a exigência do trânsito em julgado, sendo diverso daquele interpretado por parte da doutrina que estaria, literalmente, prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, que trata da questão como decisão da qual não caiba mais nenhum recurso.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, conforme voto do Excelentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso no mesmo HC 126.292/SP, admitiu a possibilidade do que chamou de “mutação constitucional”.

## 1.2 Dignidade Humana

Voltando os olhares novamente para a Constituição Federal de 1988, encontramos o princípio da dignidade humana, decorrente de forte construção ideológica mundial no período pós-guerra, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Este princípio foi apontado logo no artigo 1º, inciso III, ou seja, é um direito fundamental carregado de valores inestimáveis, e norteia toda atividade do Estado à interpretação de todas as demais normas. Segundo André de Carvalho Ramos<sup>4</sup> (2017, p. 75), a dignidade da pessoa humana é assim definida:

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que **o protege contra todo tratamento degradante** e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. (Grifo nosso).

Devemos tratar que o presente princípio é distinto dos direitos referentes à liberdade, igualdade, entre outros elencados na Lei Maior, implícita ou explicitamente, pois a dignidade humana não trata apenas de um aspecto particular de existência, mas, sim, de uma “qualidade” ligada a todo o ser humano.

Deve-se ressaltar que a doutrina de André de Carvalho Ramos (Op. cit) traz elementos que caracterizam a dignidade da pessoa humana, tanto quanto elemento positivo e negativo.

---

4 Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

O elemento **negativo** consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso, a própria Constituição dispõe que “**ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante**” (art. 5º, III) e ainda determina que “**a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais**” (art. 5º, XLI). (Grifo nosso).

[...] Já o elemento **positivo** do conceito de dignidade humana consiste na **defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano**. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a toda existência digna” (art. 70, caput). (Grifo nosso).

O atual Ministro do STF Alexandre de Moraes<sup>5</sup> também leciona que o princípio da dignidade humana:

Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

Nesse diapasão, a interpretação das lições doutrinárias nos permite concluir que cada indivíduo é merecedor de igualdade em consideração e respeito pelo Estado e pela comunidade. A dignidade é um bem irrenunciável e inalienável, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

É diante destes princípios e em respeito a eles que a audiência de custódia constrói duas bases, conforme será explanado adiante.

## **1- Audiência De Custódia**

### **1.1 Conceito**

Em linhas gerais, a audiência de custódia, ou audiência de apresentação/audiência de garantia, é o instituto processual que assegura a toda e qualquer pessoa presa que ela seja encaminhada sem demora à presença de uma autoridade judicial, que, após um breve contraditório entre Ministério Público e defesa, exercerá o controle da legalidade e necessidade da prisão, sobretudo quanto à existência de maus tratos e tortura.

## **2- Previsão Normativa**

### **2.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)**

---

5 Moraes, Alexandre de Direito constitucional / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em São José, capital da Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978, onde apenas os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm o direito de aderir-lá, a qual o Brasil é signatário e ratificou em 1992 pela presente convenção. No que diz respeito à temática deste trabalho, citamos o seu Artigo 7º, item 5:

Toda **pessoa detida ou retida** deve ser conduzida, sem demora, à presença de um **juiz** ou outra autoridade autorizada pela **lei** a exercer **funções judiciais** e tem **direito** a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.<sup>6</sup> (Grifo nosso).

Esta convenção é um dos principais marcos no instrumento normativo do sistema regional interamericano no que se refere à proteção aos direitos humanos. Segundo Piovesan<sup>7</sup>, “*ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*”.

A mesma autora afirma que dentre esse universo de direitos tutelados por esta norma internacional de direitos humanos, destacam-se:

[...] o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito a não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Ainda da lavra de Piovesan, colhe-se que os Estados-partes dessa Convenção têm a obrigação de respeitar e assegurar todos os direitos garantidos pelo texto normativo, tanto de forma positiva como negativa, pois têm a obrigação de não violar direitos individuais, bem como de assegurar meios para o pleno exercício da Convenção. Nesse contexto, somente com a implantação da audiência de custódia o Brasil passou a cumprir seu dever enquanto signatário, pois agora não apenas se propõe a não torturar e garantir direitos dos presos, mas garante-lhes também a oportunidade de relatar diretamente à autoridade judicial alguma violação.

---

6 VADE MECUM JUSPODIVM: 2017 / Organizadora Carmem Becker – Salvador: JusPodivm, 2017, 2.408 P. Art. 7º item 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de San José da Costa Rica), 1969.

7 Piovesan, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

Para promover a observância e a proteção dos direitos humanos nos países das Américas, foi criada a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que fiscaliza a atuação dos Estados-partes através de relatórios anuais e prevê ou indica medidas para a efetiva aplicação da Convenção. Todos os anos, é encaminhado um relatório anual das atividades desta Comissão à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos que, então, poderá adotar algumas medidas de advertência.

### **2.1.1 Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos**

A Audiência de Custódia fundamentou-se, além do Pacto San José da Costa Rica, no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, que estabelece em seu art. 9º item 3, *in verbis*:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, **sem demora**, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência e a todos os atos do processo, se necessário for, para a execução da sentença.<sup>8</sup> (Grifo nosso).

### **2.2.1 Convenções sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas**

A convenção, interamericana sobre este tema foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 8.766/2016<sup>9</sup>, que estabeleceu em seu artigo 46, XI:

Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, **sem demora** e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente. (Grifo nosso).

Citamos ainda a “Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado” (Decreto 8.767/2016), a qual estabelece o direito a não ser submetido a desaparecimento forçado e ainda a reparação em direito da vítima à justiça e à reparação. A mesma norma acrescenta que a vítima tem o direito de conhecer a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento forçado e os familiares da pessoa desaparecida também possuem o direito de saber o destino das pessoas desaparecidas, assegurando-se, assim, a liberdade para que vítimas e parentes possam buscar, receber e difundir tais informações. Não por acaso, em passado recente, foi criada a comissão

---

8 Art. 9º item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, 1966. Disponível: <[http://www.oas.org/dil/port/1966 Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Pol%C3%ADticos.pdf](http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf)>.

9 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8766.htm)

nacional da verdade, para averiguar as circunstâncias de desaparecimento de pessoas durante o período nebuloso da ditadura militar.

### **3- Resolução 213 do CNJ**

Diante da inexistência de regulamentação da audiência de custódia, mesmo diante de todos os tratados e convenções já citados, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu implementar a audiência de custódia em todo território nacional por meio da Resolução 213<sup>10</sup>. Este instituto está inserido em um projeto complexo, com estruturação multidisciplinar nos Tribunais de Justiça para levar toda pessoa presa à presença de um juiz no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, almejando a redução drástica dos presos provisórios em todas as Comarcas do país. Embora questionada a validade desta resolução pela ADI 5240, promovida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, o STF julgou válida a resolução, sugerindo, nos termos do voto do Min. Luiz Fux, a modificação da nomenclatura para “audiência de apresentação”.

Em outras palavras, o Brasil se atentou para a deficiência do sistema penitenciário, inicialmente pelo Judiciário Paulista que é o pioneiro da aplicação da audiência de custódia no país, para evitar prisões cautelares e diminuir sua população carcerária, tendo em vista que se encontram em diversas unidades prisionais indivíduos que aguardam presos pelo julgamento dos crimes que lhes são imputados.

#### **3.1 Finalidade**

A audiência de custódia tem por finalidade verificar a preservação das garantias constitucionais do indivíduo preso e está prevista em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Outra finalidade apontada por Caio Paiva é que a audiência de apresentação/custódia intenta adequar o processo penal brasileiro, que remonta ao início da década de 40, aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos. Destaca-se ainda que a realização da audiência de custódia pode contribuir para a prevenção e combate à violência e tortura policial, fazendo com que todos os atores do sistema de justiça trabalhem dentro dos padrões de legalidade e eficiência.

---

10 [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf)

### 3.2 Características

Este procedimento compreende a apresentação da pessoa presa à presença da autoridade judicial, que verificará o cumprimento das garantias constitucionais pelo Estado, como medida de prevenção à generalização de maus tratos, torturas e aprisionamento cautelar ilegal e desarrazoado, fatos que poderiam ser evitados com um simples esclarecimento pessoal perante um juiz, pelo qual será em uma audiência em que serão proferidas também manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso<sup>11</sup>.

Importante destacar a relevância da Audiência de Custódia quanto às garantias da Carta Magna de 1988, pois, no art. 5º, III, dispõe que é vedada a tortura e que ninguém será submetido a ela. Percebe-se, portanto, que esta garantia resguarda o acusado e sua integridade física, o que é corroborado pelo inciso XLIX do referido artigo supracitado.

Ademais, o inciso LXVI destaca que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, ou seja, interpretando-se a Constituição à luz dos tratados internacionais que o Brasil é signatário, o infrator deverá, obrigatoriamente, ser levado à presença de uma autoridade competente para ser realizada a audiência de custódia, interpretação que pode ser dada, de igual forma, ao inciso LXI que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Outra garantia constitucional preservada pela implantação da audiência de custódia é a prevista no inciso LVII, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que assegura o respeito ao princípio da presunção de inocência.

Os pactos dos quais o Brasil é signatário, juntamente com o Projeto de Lei do Senado Federal de nº 554/2011 e com a ADPF nº 347, foram passos importantes na criação da audiência de apresentação. Consta que o segundo foi responsável por promover a alteração do artigo 306 do Código de Processo Penal, em especial seu parágrafo primeiro que expõe sobre a apresentação do preso em flagrante dentro de vinte e quatro horas perante o juiz. Porém, o projeto ainda não foi aprovado pelo Congresso Nacional, fazendo com que alguns estados, como São Paulo, adotem as

---

11 <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

medidas da audiência de custódia, entendendo ser uma garantia emanada pelo Pacto de San José da Costa Rica, adotando-se o mesmo com equivalência supralegal.

#### **4- Caos Carcerário**

O caos carcerário é alarmante em nosso sistema prisional brasileiro, pois vivenciamos uma superlotação a que se deve a grande quantidade de detentos que não foram julgados, destacando-se neste trabalho a Comarca de Porto Velho, os quais poderiam com a audiência de custódia realizada a época de sua prisão, ser colocados em “liberdade” cumprindo uma das medidas cautelares diversas da prisão para aguardar o seu julgamento.

Devemos ressaltar que o Brasil é o 3º (terceiro) país com maior número de pessoas presas, ficando atrás apenas de países como EUA e China, totalizando 726.712, sendo 40% dos presos provisórios, correspondendo a 290.685 mil que ainda aguardam julgamento.<sup>12</sup>

O objetivo da audiência de custódia é enfrentar esse problema, garantindo a rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisão em flagrante. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública ou do advogado do preso.

#### **4.1 Estado de Coisas Inconstitucional**

Apesar de enfrentar cenário de exaustão do sistema prisional há décadas, o Estado brasileiro não adotou as medidas suficientes para a preservação dos direitos humanos das pessoas presas, chegando ao cúmulo do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347<sup>13</sup>, decidir que vivemos um “estado de coisas inconstitucional”, uma decisão de grande relevância para a preservação dos direitos humanos da pessoa presa no Brasil.

Neste julgamento, o Supremo assentou esta tese, pois o país vive um estado de coisas inconstitucional em suas unidades prisionais, com a constante violação de

---

12 Dados do 1º Semestre de 2016 - <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf> - PAIVA, Caio: Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. Página 30.

13 ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016

direitos e garantias dos presos, o que, novamente, corrobora para a necessidade de implantação da audiência de custódia, como medida de se evitar que todo preso experimente, desnecessariamente, um cárcere violador.

## **5- Audiência de Custódia e sua Interação com o Processo Penal**

### **5.1 Prisão Temporária**

Aqui, será abordado a respeito do instituto da prisão temporária, tendo por finalidade conceituá-lo, apresentar os requisitos necessários para a sua aplicação, bem como os prazos a que deve ser atendido pelo juízo e as medidas cautelares a serem aplicadas neste procedimento.

Trata-se de hipótese de prisão cautelar que visa auxiliar nas investigações policiais, com prazo de duração determinado e com previsão na Lei 7.960/89. A prisão temporária somente pode ser decretada na fase pré-processual (atendendo a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público), isto é, no âmbito do inquérito policial, e no caso de prática de um dos delitos previstos no rol taxativo na Lei supracitada.

Importante frisar que, conforme o art. 300 do CPP, alterado pela Lei 12.403/11, as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal.

Os requisitos para a prisão temporária estão elencados no artigo 1º da Lei 7.960/89 que dispõe:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes(...)

Os requisitos acima citados podem ser cumulativos, por mais que exista divergência doutrinária, a corrente majoritária entende que, para a decretação da prisão temporária, é necessária sempre a presença do inciso III (*fumus comissi delicti*), combinado com o inciso I ou o inciso II (*periculum libertatis*).

Ademais, só pode ser decretada na fase de investigação policial, sendo inadmissível após a instauração da ação penal, não podendo, ainda, ser decretada de ofício pelo Magistrado.

Deverá sempre ser fundamentada a decisão, como determinam os artigos 93, IX, da Constituição e 2º, § 2º, da Lei n. 7.960/89, demonstrando a necessidade da prisão temporária e a presença do requisito e fundamentos que a legitimam.

Os prazos de duração da prisão temporária são: até 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; sendo crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período, fazendo com que a prisão temporária possa durar até 60 dias. Essa possibilidade está prevista no art. 2º, § 4º, da Lei n. 8.072/90.

Ressalta-se que a contagem do prazo é feita no modelo penal, incluindo-se no cômputo o dia de início, independentemente da hora capturada e findo o prazo, a liberação não dependerá da expedição de alvará de soltura.

## **5.2 Prisão Preventiva**

Outra modalidade de prisão diversa da definitiva é a prisão preventiva normalmente decorrente da conversão da prisão em flagrante, que tem por objetivo a garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para garantia de aplicação da Lei penal. Pode ainda ser decretada no decorrer da instrução ou mesmo na fase de inquérito, pelos fundamentos já elencados e não possui prazo determinado, embora guarde relação direta com os prazos para conclusão das fases processuais.

## **5.3 Medidas Cautelares**

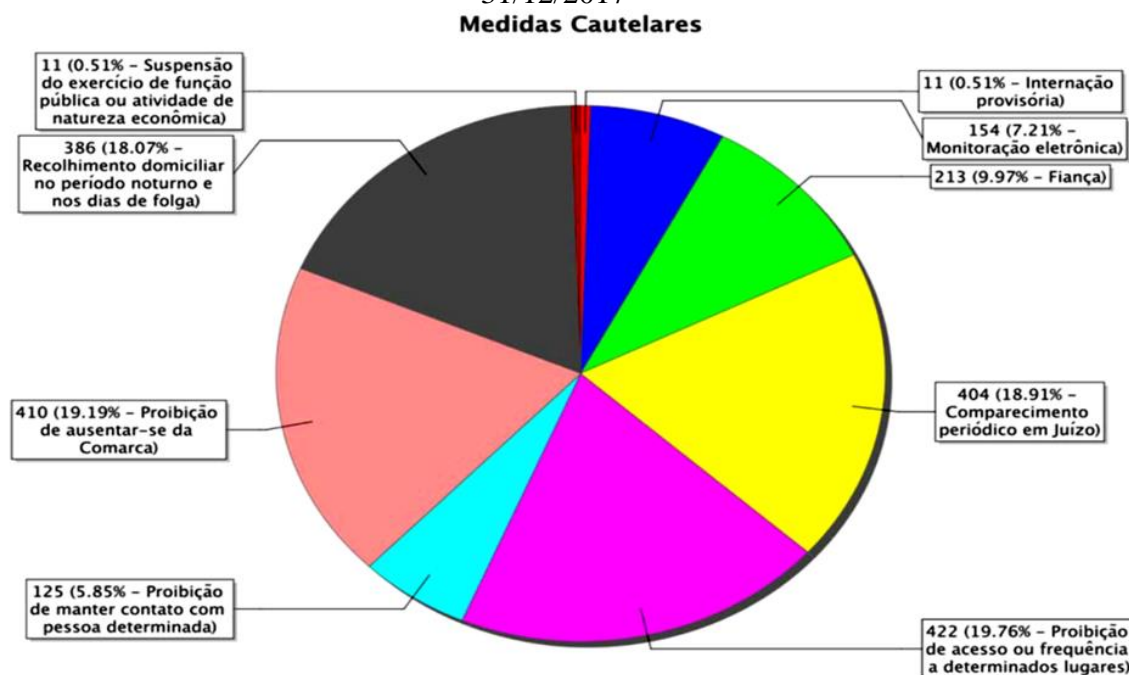
As medidas cautelares estão previstas no Artigo 319 e seguintes do Código de Processo Penal brasileiro, tendo por objetivo assegurar o bom andamento da investigação criminal e reduzir a prática de infrações penais, para garantir a ordem pública e evitar a reiteração criminosa. Importante frisar que as cautelares do rol contido no artigo 282 do CPP, podem ser aplicadas isoladas ou cumulativas, de ofício pelo juízo ou a requerimento das partes.

- a) Comparecimento Periódico em Juízo:** Incumbe ao indivíduo, quando necessário, informar e justificar as atividades ao juízo, devendo manter todas as informações atualizadas (endereço, local de trabalho e afins);
- b) Proibição de Acesso a Determinados Lugares:** É muito utilizada a imputados que fazem parte de torcidas organizadas e que praticam atos violentos ou que, habitualmente, se envolvem em delitos em bares e boates e no crime de violência doméstica;
- c) Proibição de Manter Contato com a Pessoa Determinada/Vítima:** Busca a proteção à determinada pessoa, no caso a vítima, testemunha ou coautor do crime, tendo como sua função cautelar de tutela da prova, devendo a pessoa protegida denunciar eventual descumprimento da ordem;
- d) Proibição de ausentar-se da Comarca:** refere-se à proibição do acusado se ausentar da Comarca e do país, devendo ser comunicada pelo juízo às autoridades competentes de fiscalizar a saída do território nacional, intimando o acusado para entregar o passaporte no prazo de 24h;
- e) Recolhimento domiciliar no período noturno:** Objetiva diversos fins, isto é, minorar o risco de fuga ou a tutela da prova. Ademais pode ser imposta com a utilização do monitoramento eletrônico, prevista no inciso IX e se diferencia da prevista dos artigos 317 e 318 (prisão domiciliar);
- f) Suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira:** é a mais gravosa, devendo o magistrado utilizá-la com certa prudência, apenas para tutelar o risco de reiteração;
- g) Internação provisória do acusado nos crimes praticados com violência ou grave ameaça:** esta hipótese busca apresentar uma medida de segurança cautelar, nos casos praticados com violência ou grave ameaça; à pessoa por agente inimputável ou semi-imputável; e risco de reiteração criminosa (cumulativos);
- h) Fiança:** Pode ser aplicada enquanto não transitar em julgado a sentença penal condenatória (art. 334/CPP). Pode ser aplicada de forma isolada ou cumulada com as demais medidas cautelares, tendo como função assegurar o comparecimento do indivíduo a atos do processo, a fim de evitar obstrução de seu andamento ou de contrariar (resistir) à ordem judicial;
- i) Monitoração eletrônica:** Trata-se de pulseira ou tornozeleira que tem por finalidade o controle do indivíduo, via GPS, de monitorar a rotina ininterrupta para não ter risco de fuga ou prática de novas infrações.

## 6. Dados relacionados às Medidas Cautelares aplicadas na Comarca de Porto Velho

Adiante, apresentamos gráficos representativos das cautelares aplicadas em substituição à prisão preventiva pelo Juízo da custódia:

Gráfico 1 – Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a 31/12/2017



Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

No gráfico acima, podemos demonstrar as medidas cautelares aplicadas pelo juízo ao indivíduo após a realização da audiência de custódia, notando-se que as cautelares proibitivas preponderam.

## 5. Dados relacionados a Audiências de Custódia realizadas em Porto Velho

No gráfico abaixo temos as decisões proferidas pelo juízo:

Gráfico 1 - Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a 31/12/2017.

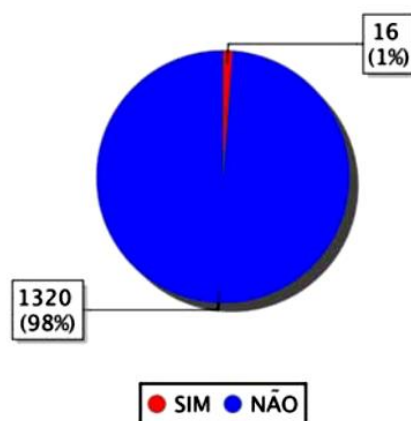


Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

### 6.1 Dados relacionados a Casos de Tortura

Na imagem abaixo, está demonstrado o gráfico para a narrativa de condutas de tortura em tese praticadas pelos agentes públicos que efetuaram a prisão, antes de ser levado à presença de um juiz em 24 horas.

Gráfico 1 - Dados Estatísticos das Audiências cadastradas no período de 01/01/2017 a **Investigação de Tortura**



31/12/2017.

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia - Porto Velho- SISTAC – 2017.

### 6.2 Dados relacionados a Audiências de Custódia

Abaixo, temos um demonstrativo relacionado às audiências de custódia realizadas na comarca de Porto Velho/RO, com a pesquisa realizada junto às varas criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, onde demonstra de forma

satisfatória a implantação do presente instituto, tendo em vista que o aprisionamento ilegal e irrazoável agora pode ser discutido, onde a banalização das prisões veio para ser retificado com a audiência de custódia.

Tabela 2 - Dados da Audiência de Custódia realizadas na Comarca de Porto Velho - Demonstrativo 2017 (SISTAC)

	<b>Audiências</b>	<b>Prisões</b>	<b>Liberdades</b>	<b>Investigação de Tortura</b>
<b>1ª Vara Criminal</b>	810	425	385	9
<b>Vara de Tóxicos</b>	136	114	22	3
<b>1º Juizado de Violência Doméstica</b>	130	22	108	0
<b>Porto Velho</b>	98	44	54	0
<b>2ª Vara Criminal</b>	65	26	39	2
<b>3ª Vara Criminal</b>	59	28	31	1
<b>Vara de Execuções Penais</b>	21	12	9	0
<b>2ª Vara do Júri</b>	8	6	2	0
<b>Vara de Auditoria Militar</b>	4	0	4	0
<b>1ª Vara do Júri</b>	4	2	2	1
<b>1º Juizado da Infância e Juventude</b>	1	0	1	0
<b>Total:</b>	<b>1336</b>	<b>679</b>	<b>657</b>	<b>16</b>

### Considerações finais

A partir dos estudos e dados obtidos, o presente artigo abordou a eficácia dos Tratados Internacionais de Pacto San José da Costa Rica e Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no ordenamento jurídico pátrio, que, após o Brasil ratificar por ser signatário dos mesmos, passarão a ter fundamento Constitucional, devendo ser imposta a sua utilização.

É possível constatar que a Audiência de Custódia é um instrumento que tem potencialidade de reduzir o encarceramento de prisões ‘desnecessárias’, apresentando o indivíduo preso ao juízo para que este possa, de maneira suscita e clara, esclarecer os fatos que levaram a sua prisão, ao passo que, anteriormente, este primeiro contato com o magistrado ocorria em uma audiência de instrução e julgamento e o acusado já se encontrava em uma unidade prisional.

Ressaltando ainda um dos problemas que levaram o país à aplicabilidade da audiência de custódia, o caos carcerário que o país vem sofrendo, a exemplo de motins ocasionados nos últimos 03 (três) anos. Esta situação carcerária torna-se temerária quando observado que boa parte dos presos provisórios poderiam aguardar o julgamento em liberdade, atendendo os requisitos da concessão de liberdade provisória com ou sem fiança

Apresentando dados relacionados à Comarca de Porto Velho com pesquisa de campo realizada no Tribunal de Justiça de Rondônia, demonstrou-se a efetiva aplicação do instituto da audiência de custódia na capital Rondoniense, tendo, por maioria das vezes, que o acusado tem sua liberdade concedida com aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão.

Os resultados do estudo apontam que a audiência de custódia serve não apenas para averiguar a prática de alguma violência contra o custodiado, mas também como filtro de prisão preventiva, assegurando que apenas aqueles que realmente preenchem seus requisitos legais aguardarão o julgamento na prisão, garantindo-se aos demais o direito de aguardar o julgamento de eventual ação penal em liberdade, evitando-se o encarceramento desnecessário de indivíduos e a sobrecarga do sistema carcerário.

Portanto, o presente artigo pretende esclarecer à sociedade sobre a utilidade da Audiência de Custódia e sobre o seu papel na garantia da inocência do indivíduo, pois são avanços necessários não só para o Poder Judiciário, mas também para ressocialização do ser humano.

## Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro **Processo penal / Norberto Avena**. – 9.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, 1966. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>

LIMA, Renato Brasileiro de **Manual de Processo Penal**: 6<sup>a</sup> ed. Salvador. Editora JusPodivm, 2018.

LOPES JR, Aury. **Prisões cautelares / Aury Lopes Jr**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direito penal 2. Prisão (Direito penal) - Brasil 3. Prisão preventiva - Brasil 4. Medidas cautelares - Brasil I. Título. 16-1498 CDU 343.126.

MORAES, Alexandre de **Direito Constitucional / Alexandre de Moraes**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Editora Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal / Eugênio Pacelli**. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio: **Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro**. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018. Página 44/45.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** / André de Carvalho Ramos. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direitos humanos 2. Direitos humanos - Brasil 3. Direitos humanos (Direito internacional) I. Título. 16-1356 CDU 341:347.121.1.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**: 13ª ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

**VADE MECUM JUSPODIVM**: 2017 / Organizadora Carmem Becker – Salvador: JusPodivm, 2017, 2.408 P. Art. 7º item 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.

## **A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI MARIA DA PENHA**

Maria Eduarda Santos Pereira da Silva<sup>1</sup>  
Stenio Castiel Gualberto<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O estudo tem como objetivo discorrer sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, analisando-a sob a Lei 11.340/2006 chamada Lei Maria da Penha e quanto à urgência de se criar mecanismos de proteção garantidores dos seus direitos fundamentais, as formas de violências contra a mulher e suas medidas de proteção, analisado, assim, a eficácia ou não de tais procedimentos e observar até que ponto a lei consegue coibir o agressor de praticar violência doméstica e familiar contra a mulher. O método de pesquisa utilizado é o qualitativo; buscou-se uma abordagem através de estudos de artigos científicos e doutrinas acerca da Lei Maria da Penha, suas medidas protetivas e as formas de violência se utilizando também da Convenção Belém do Pará e pesquisas realizadas por jornais. Buscou-se também jurisprudência para um melhor entendimento sobre assunto.

**Palavras - Chave:** Violência. Mulher. Medidas Protetivas. Lei Maria da Penha.

### **ABSTRACT**

The study aims to discuss domestic and family violence against women, analyzing it under the law 11.340/2006 called the Maria da Penha law and the urgency of creating protection mechanisms that guarantee their fundamental rights, the forms of Violence against women and their protective measures, thus analysing the effectiveness or not of such procedures and observing to what extent the law manages to curb the aggressor from practicing domestic and family violence against the woman. The method of research used is qualitative, an approach was sought through studies of scientific articles and doctrines about the law Maria da Penha, its protective measures and the forms of violence also using the Belém convention of Pará, research Carried out by newspapers also sought jurisprudence for a better understanding of the subject.

**Key-words:** Violence. Woman. Protective Measures. Maria da Penha Law.

---

1 Bacharel em Direito na Faculdade Católica de Rondônia – FCR, Porto Velho/RO, madu-1818@hotmail.com; madu2094@gmail.com; maria.silva@sou.fcr.edu.br

2 Advogado, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Docente do Curso de Direito Penal e Teoria Geral do Processo na Faculdade Católica de Rondônia. Especialista lato sensu em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Porto Velho-RO, Brasil. E-mail: stenio.castiel@fcr.edu.br.

## Introdução

A Lei Maria da Penha recebeu esse nome em homenagem à luta de uma mulher que viveu por vários anos sofrendo agressões por parte de seu ex-cônjuge. E não suportando mais tanto sofrimento, resolveu procurar a justiça em busca de proteção. Tal fato refere-se ao caso da senhora Maria da Penha, que teve maior repercussão na sociedade e, a partir do contexto, foi criada a Lei 11.340/2006 e com ela suas medidas protetivas para coibir os agressores de praticarem novos atos de violência.

Anteriormente, o homem era visto como um ser superior em relação à mulher no seio familiar. As mulheres eram vistas como donas de casas e reprodutoras, elas não tinham seus direitos reconhecidos e a sociedade machista fazia com que a imagem da mulher não fosse notada e, quando era vista, associavam-na à figura submissa ao homem em todos os sentidos, apenas o ser que tinha o papel de cuidar dos afazeres de casa, dos filhos e satisfazer os desejos do homem.

A autora Valéria Diez Scarance Fernandes (2015) <sup>3</sup> dispõe nesse sentido em sua obra que:

Ao tempo do Brasil Colônia (1500 a 1822) reinava no País um sistema patriarcal. As mulheres eram destinadas ao casamento e aos afazeres domésticos, com total submissão e obediência aos homens. Enquanto os homens dominavam a leitura, a escrita e o poder na tomada de decisões, o papel social da mulher era, necessariamente, o de esposa e mãe dos filhos legítimos do senhor. A mulher se casava ainda muito jovem e o marido, escolhido pelo pai, era geralmente bem mais velho. O estudo era destinado apenas aos homens, havendo notícia de que no século XVII, em São Paulo, apenas duas mulheres sabiam escrever seu nome.

A mulher buscou com muita luta e esforço que seus direitos à igualdade fossem reconhecidos e, com isso, mudanças foram acontecendo na sociedade. Hoje, as mulheres têm seus direitos reconhecidos e, assim, conseguiram seu espaço perante a sociedade. Cabe pontuar que muitas mulheres ocupam cargos que antes só eram tomados pelos homens, porém, ainda existem mulheres que, com todo crescimento e evolução do contexto histórico, estas são vítimas de violência doméstica - familiar e, mesmo assim, não denunciam fazendo com que as agressões tenham continuidade.

Na verdade não só no Brasil, mas igualmente em diversas outras culturas, ainda predomina um sentimento, em maior ou menor grau, de que a mulher gozar de um status inferior ao do homem, sendo que isso se expressa em costumes, piadas,

---

3 FERNANDES, Valéria Diez Scarance Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar São Paulo: Atlas, 2015, P. 06.

discriminação no âmbito trabalhista e até mesmo em letras de músicas, dentre outros servindo para perpetuar o desrespeito continuado aos direitos humanos das mulheres, enquanto membros da raça humana, merecendo destacar que reiteradamente têm caído os mitos que serviram para justificar por séculos essas atitudes discriminatórias. (2007).<sup>4</sup>

Podemos observar que, mesmo com a proclamação da Lei Maria da Penha e suas medidas protetivas - em face da ofendida, verifica-se que somente a Lei 11.340/2006 não é capaz de inibir ou impedir os atos de violência do agressor, pois podemos constatar que a violência contra a mulher vem crescendo a cada dia. Observa-se, diariamente, as denúncias apresentadas nos meios de comunicação acerca dos casos de violência que vêm ao conhecimento da sociedade. Fatos relevantes de mulheres que estão cansadas de serem vítimas das agressões de seus companheiros dentro do seu próprio lar.

É neste sentido que buscaremos analisar a lei, quanto a sua criação, suas medidas protetivas em face da ofendida nos casos de violência doméstica e familiar, quanto à eficácia ou não das suas medidas protetivas que são impostas pelo magistrado – na tentativa de inibir e solucionar os casos de violência contra a mulher.

## **1 A criação da lei maria da penha**

Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de tentativa de homicídio em 29 de maio de 1983, com um tiro de arma de fogo nas costas, disparado por seu cônjuge. Fato que lhe causou lesão irreversível. A vítima já vinha, a certo tempo, sofrendo com uma série de ataques em que era agredida durante sua vida conjugal, o que acarretou na realização de várias operações cirúrgicas.

Após voltar do hospital, ainda se recuperando da tentativa de homicídio, Maria da Penha sofreu um novo ataque novamente por parte do marido – que, desta vez, tentou cessar a vida da vítima eletrocutando-a enquanto ela tomava banho. Dessa vez, Maria, mesmo com medo, tomou a iniciativa e decidiu pedir a separação judicialmente.

O cônjuge da vítima foi denunciado por tentativa de homicídio, mas tentou se livrar da culpa. Já havia se passado mais de 15 anos da ocorrência do crime e o senhor Marcos Antônio, ex-cônjuge da senhora Maria da Penha, continuava em liberdade, mesmo já tendo ocorrido duas condenações pelo Tribunal do júri do Ceará em 1991 e 1996.

---

4 SOUZA, Sérgio Ricardo de. Comentários à lei de combate a violência contra a mulher: lei Maria da Penha 11.340/06. Curitiba: Juruá, 2007, P.42.

Tal fato levou a senhora Maria da Penha, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil) encaminharem a ocorrência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos proferiu o Relatório nº 54/2001 culpando o Brasil por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Foram sugeridas algumas medidas e, entre essas, que houvesse a conclusão do processamento penal do acusado pelas agressões. O agressor foi preso em 2002, porém quase vinte anos após o crime, faltando meses para ocorrer a prescrição da pena.

O caso Maria da Penha foi e é uma amostra de que o Poder Judiciário do Ceará e o Estado brasileiro foram negligentes e não guiaram processo de forma ágil e eficaz, contribuindo para a impunidade do agressor, tendo em vista que a pena prescreve após decorridos 20 anos do crime.

Violado o Artigo 24 da Convenção Americana que dispõe: “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.<sup>5</sup>

E, somente cinco anos depois da publicação do referido relatório nº 54/2001, com o objetivo de coibir e reprimir a violência doméstica e familiar contra a mulher e vencer essa violência que está há bastante tempo enraizada na cultura machista da sociedade brasileira, daí entrou em vigor a Lei nº 11.340/06, a qual foi chamada de Lei Maria da Penha.

## **2 A violência contra a mulher como forma de violação dos direitos humanos**

O Art. 6º preconiza “A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.<sup>6</sup>

Todavia, Mesmo com as conquistas das mulheres perante diversos ramos da sociedade, não foi o suficiente para esconder a dolorosa discriminação de que ainda sofre a mulher - vítima da violência doméstica e familiar.

A I Conferência Mundial sobre a Mulher – a Conversão sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher revelou a falta de políticas públicas com normas

---

5 SAN José, Costa Rica. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 22 de novembro de 1969

6 BRASIL. Lei Maria da Penha - Lei 11340/06

para proteção de direitos, incluindo as esferas sociais como trabalho, saúde, direitos civis, políticos, entre outros.

A Convenção Internacional para Prevenir, Punir e erradicar a Violência Doméstica (Convenção Belém do Pará) define a violência doméstica contra a mulher, considerando ser ela um grave problema de saúde pública. Além disso, essa convenção concedeu legalidade à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a missão para supervisionar a execução pelos países signatários.

A Lei Maria da Penha foi criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Deu eficácia à Constituição Federal que dispõe em seu Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E assegura, no Artigo 226 § 8º “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismo para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Antes da publicação, a violência contra a mulher não era reconhecida como violação dos direitos humanos.

### **3 A violência doméstica e familiar contra a mulher**

A Lei Maria da Penha criou normas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; por esse fato, seu ambiente sempre vai ser no âmbito familiar. O caput do artigo 5º dispõe sobre a definição de violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa norma utilizada na legislação nos traz a mesma definição que a Convenção do Pará descreveu; nesse sentido, será caracterizada quando ocorre uma ação ou omissão causando a qualquer mulher danos, podendo ser em relação a sua integridade física, psicológica ou à liberdade da pessoa e até mesmo podendo causar danos sérios ao desenvolvimento da sua personalidade.

Neste sentido, Cunha e Pinto (2010)<sup>7</sup> apontam que a violência doméstica seria a agressão contra a mulher dentro do ambiente familiar, doméstico ou de intimidade - tratando a vítima como objeto, assim, aproveitando da sua vulnerabilidade e hipossuficiência, tirando, dessa forma, a sua dignidade, já que a mulher não consegue se sentir segura dentro do seu seio familiar.

Analisando os incisos I, II, III do Artigo 5º, entendemos que a violência no âmbito da unidade doméstica é aquela praticada no ambiente caseiro, em que se tem convívio permanente e pode envolver pessoas com ou sem vínculo familiar, incluindo os agregados. A

---

7 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica, Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

violência no âmbito familiar é a praticada por pessoas que têm um vínculo jurídico de natureza familiar - podendo ser parental ou conjugal, ou seja, qualquer relação de afeto independentemente de coabitação.

Neste sentido, o autor Ricardo Antonio Andreucci (2017)<sup>8</sup> diz que:

O legislador, portanto, fixou o âmbito espacial para a tutela da violência doméstica e familiar contra a mulher, o qual compreende as relações de casamento, união estável, família monoparental, família homoafetiva, família adotiva, vínculos de parentesco em sentido amplo, introduzindo, ainda, a ideia de família de fato, compreendendo essa as pessoas que não tem vínculo jurídico familiar, considerando-se, entretanto, aparentados (amigos próximos, agregados etc.).

#### 4 Das Formas De Violência Contra A Mulher

A Lei nº 11.343/2006 citada é a primeira norma brasileira que impõe ao Estado e à sociedade defenderem a mulher contra a violência doméstica e familiar. A Lei Maria da Penha usa a palavra "violência" em sentido amplo, incluindo não somente a violência física, mas, inclusive, a psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Vejamos o disposto no Capítulo II da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006, (BRASIL, 2006).<sup>9</sup>

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - A **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

A violência física causa danos ao corpo da vítima e estes podem ser causados através de socos, tapas, chutes, amarrações, dentre outras formas. “Ainda que a agressão não deixe marcas aparentes, o uso da força física que ofenda o corpo ou a saúde da mulher *constituis corporalis*, expressão que define a violência física” (2007).<sup>10</sup>

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

---

8 ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial – 12. ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017, P.666.

9 Capítulo II da Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006.

10 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 2a Ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2007, P. 45.

Diferente do que se pensa, não é necessário que haja a agressão física para estar em uma relação violenta. Palavras somadas em atitudes podem ferir a autoestima de uma mulher e isso se configura como violência psicológica; uma forma mais subjetiva, por isso, muitas vezes, torna-se difícil de identificar.

Conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), “uma a cada três mulheres é vítima de violência no mundo”. A violência psicológica é negligenciada por até quem está sofrendo, devido, muitas vezes, ao fato de não conseguir identificar que esse tipo de violência é caracterizada por ciúmes, controle, humilhações, ironias e ofensas, de maneira mais frequente e menos denunciada.

A violência psicológica não estava contida na legislação pátria, mas essa foi introduzida ao conceito de violência doméstica contra a mulher – na convenção interamericana para prevenir punir e erradicar a violência doméstica contra a mulher em seu Artigo 2º: “Entende-se que a violência contra a mulher abrange a agressão física, sexual e psicológica”.

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.

É importante mencionar que, na violência sexual, as condutas citadas referem-se, sem ressalvas, a práticas contra a liberdade sexual e reprodutiva, que correspondem à violação aos direitos sexuais e reprodutivos. Precisamos observar as características sobre os papéis sexuais a serem realizados diferente e desigualmente pelos homens e mulheres, que ainda limitam ou reduzem a capacidade da mulher de escolher eticamente e moralmente, ou seja, de praticar o ato sexual ou não.

Seguindo, nesse sentido, a violência sexual foi reconhecida pela Convenção de Belém do Pará como violação contra os direitos das mulheres. Dias (2007)<sup>11</sup> diz que mesmo assim, a doutrina e jurisprudência não reconheciam que poderia ocorrer a violência sexual no meio familiar. O entendimento sempre foi de que a relação sexual era um dever da mulher para com o homem, mesmo contra sua vontade, esta tinha que cumprir sua obrigação; ainda que fosse à base da força - mantendo o ato sexual.

---

11 DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. 2a Ed. São Paulo: Revistas Tribunais, 2007.

A violência sexual é a apropriação do corpo da mulher; é alguém que está se apropriando e violentando o que de mais íntimo lhe pertence. Na maioria das vezes, as mulheres que sofrem este tipo de violência têm vergonha, medo de falar e denunciar, assim acabam se anulando.

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;

A violência patrimonial foi algo novo na Lei Maria da Penha, que descreve as condutas que caracterizam a violação dos direitos econômicos das mulheres e o Estado tem o dever de combater os atos que impedem ou anulem o exercício desses direitos, de acordo com o que diz o Art. 5º da Convenção de Belém do Pará: “Toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e contará com a total proteção desses direitos”.

Quando o agressor atinge a autonomia econômica e financeira da mulher, esse ato contribui para a sua submissão. Pois a posse, subtração ou destruição dos bens, mesmo que parcialmente, e a restrição de utilizar os seus bens enfraquecem e tornam as mulheres vulneráveis, deixando-as em situação de insegurança e violando sua dignidade, pelo fato da redução ou impedimento da capacidade de tomar as suas próprias decisões de forma independente e livre, de acordo com sua vontade.

Outro tipo de violência é o que dispõe o artigo V – A **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. A Convenção de Belém do Pará dispõe que toda mulher tem o direito à integridade moral. E a violência moral ocorre sempre de forma verbal e se caracteriza com o que dispõe no Código Penal – rol dos crimes contra a honra. A calúnia, que consiste em imputar à mulher fato criminoso sabidamente falso; a difamação, que consiste em imputar à mulher a prática de fato desonroso; ou a injúria, que consiste em atribuir à mulher qualidades negativas.

A distinção das previsões no Código Penal para a Lei Maria da Penha são as características de qualquer ato apontado como violência doméstica e familiar contra a mulher, e, no inciso V do Artigo 7 §, impõe-se que o agente tenha relação familiar ou afetiva e íntima, considerando por esse o motivo de âmbito doméstico.

A violência moral está fortemente associada à violência psicológica, tendo, porém, efeitos mais amplos, uma vez que sua configuração impõe, pelo menos nos

casos de calúnia e difamação, ofensas à imagem e reputação da mulher em seu meio social. (2011)<sup>12</sup>

A violência moral sempre se apresenta de forma a desqualificar, inferiorizar ou ridicularizar a mulher em seu ambiente familiar. Causando um abalo à sua autoestima e também ao seu reconhecimento e crescimento perante a sociedade.

É fundamental salientar que, para a constatação da violência doméstica, não precisa da existência simultânea e cumulativa de todos os requisitos abrangidos no artigo 7º da Lei Maria da Penha; em outros termos, somente sendo necessária a existência de qualquer uma das hipóteses listadas nos incisos contidos no referido Artigo 7º - para caracterizar a violência doméstica e familiar.

A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não exige a presença simultânea e cumulativa de todos os requisitos: do art. 7º. ou seja, para o reconhecimento da violência contra a mulher, basta a presença alternativa de um dos incisos do art. 7º, em combinação alternativa com um dos pressupostos do art. 5º (âmbito da unidade doméstica, âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto) [...] (2016).<sup>13</sup>

De tal maneira, nada necessita de habitualidade, ou seja, somente é necessário que o comportamento agressivo ocorra uma única vez para que esteja caracterizada a violência doméstica e familiar.

## **5 Das Medidas Protetivas Da Lei Maria Da Penha**

Para analisamos as medidas protetivas e sua eficácia ou não, temos que saber quais são elas e como são aplicadas pelos legisladores e, assim, entendermos o porquê de, muitas vezes, essas medidas serem desobedecidas pelos agressores.

Cabe frisar que a mulher que sofre agressões pode recorrer às autoridades policiais ou até mesmo ao Ministério Público para solicitar as medidas protetivas de urgência; que serão fixadas pelo juiz, podendo até mesmo ser determinada a prisão preventiva do agressor, analisando assim os casos e circunstâncias do fato ocorrido, faz-se necessário preservar a integridade da vítima.

---

12 FEIX, Virgínia, Das formas de violência contra a mulher Artigo 7ª, CAMPOS, Carmem Hein (Org.). Lei Maria da Penha comentada de uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011, P. 210.

13 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada - 4ª. Ed. Rev. E ampl. - Salvador; JUSPODIVM, 2016, P. 911.

Cunha e Pinto (2010)<sup>14</sup> esclarecem que, levando em consideração as circunstâncias a exigir a adoção das medidas protetivas, pode a própria vítima se apresentar perante o juiz e requerer por seus direitos. Nessa direção, descreve o artigo 19º: “As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida”.

A Lei Maria da Penha traz em seus Artigos 22 ao 24 - as medidas protetivas de urgência, dentre elas, estão tanto as que obrigam o agressor a cumprir como as de proteção à ofendida.

Assim preleciona a Lei 11.340/06:<sup>15</sup>

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - Afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - Restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - Prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (...)

Averiguando a existência de violência doméstica, o magistrado poderá, desde o início, decretar as medidas protetivas em favor da ofendida. Somente após a publicação da Lei Maria da Penha, é que as mulheres, vítimas de violência doméstica, puderam contar com providências que as protegessem. Anteriormente, os casos de violência doméstica eram tratados nos Juizados Especiais e os agressores eram punidos com a aplicação de sanções; como prestação de serviços à comunidade e pagamento de cestas básicas.

Desta forma, o agressor retornava para sua residência com sensação de impunibilidade e, como consequência, reincidia na prática de violência por ter a certeza de que não seria punido. A Lei Maria da Penha veda a aplicação dessas sanções conforme descreve o seu Artigo 17º: “É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, com penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição

---

14 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica, Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

15 BRASIL. Lei Maria da Penha - Lei 11340/06

de pena que implique o pagamento isolado de multa”. Desta forma, trazendo mais segurança e proteção para as vítimas.

Após a proclamação da Lei Maria da Penha, é de competência da polícia e do judiciário decretar as medidas cabíveis para inibir o agressor, lembrando que, agora, a própria ofendida pode solicitar as medidas ao magistrado e, assim, garantir sua proteção.

## **6 Da (In) Eficácia Das Medidas Protetivas**

A Lei Maria da Penha e as medidas protetivas decretadas pelo magistrado em face da vítima de violência doméstica e familiar, muitas vezes, não têm a efetividade desejada, pois se tornam ineficazes em determinados casos. Em pesquisa publicada pelo jornal G1.com, diz que a maior parte dos casos é marcada por uma progressão de violência doméstica: "A mulher é vítima de agressões inicialmente e, depois, essas agressões viram um homicídio propriamente dito", afirma. Em muitas vezes, o crime é precedido por denúncias feitas pela vítima ou mesmo de medidas protetivas contra os antigos companheiros. Em outras situações, porém, o medo, a vergonha ou mesmo o amor impedem a mulher de denunciar seu agressor. (2018)<sup>16</sup>

Muitas vezes as vítimas de violência se calam e não denunciam seus agressores por vergonha e medo, fazendo com que muitos casos de violência não cheguem ao conhecimento das autoridades e consequentemente deixando os seus agressores impunes e livres.

Desse modo, o “silêncio” enquanto inação compreende uma gama de situações: a vítima não registra boletins de ocorrência contra o agressor; a vítima registra boletim de ocorrência contra o agressor, mas renuncia ao direito de representar; após noticiar a violência, a vítima se retrata e inocenta o agressor. (2015).<sup>17</sup>

Porém, ainda que esses agressores sejam denunciados, somente as medidas protetivas decretadas não conseguem inibir o agressor - ocorre que somente o afastamento da vítima não é suficiente e novamente o agressor se aproxima desta e, assim, pratica novas agressões, mesmo estando sob imposição da justiça, o agressor viola as medidas protetivas.

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEASCORPUS. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS. INEFICÁCIA. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DOS DELITOS.

---

16 VELASCO, Clara. CAESA, Gabriela. REIS Thiago. Cresce número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil dados de feminicídio são subnotificados.G1.COM. 07.03.2018.

17 FERNANDES, Valéria Diez Scarance Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio) – São Paulo: Atlas, 2015, p.124.

Não há falar em coação ilegal quando a decisão objurgada está embasada em fatos concretos de natureza grave, bem como lastreada nos requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal. Incasu, **as medidas protetivas de afastamento e não comunicação com a ofendida foram reiteradamente ignoradas, demonstrando a sua ineficácia para inibir a conduta delituosa perpetrada.** A alegada primariedade, residência fixa, ocupação lícita, além de outras condições sociais eventualmente favoráveis não representam óbices intransponíveis para decretação da preventiva, em face das circunstâncias do caso concreto. A gravidade da conduta em apuração tem o condão de justificar a segregação cautelar decretada na origem, como forma de prevenir outras ocorrências, privilegiando-se a ordem pública, bem como a incolumidade física e psíquica da ofendida. (TJ-DF, 2015)<sup>18</sup>

Deveria haver algum tipo de fiscalização para saber se as medidas protetivas impostas pelo magistrado estão sendo cumpridas. Tais medidas são atribuídas para coibir, punir, erradicar as agressões domésticas e familiares contra as mulheres, atendendo, assim, o que descreve a Lei Maria da Penha e a convenção de Belém do Pará.

Um dos maiores desafios existentes hoje, com certeza, é a sensibilização dos operadores do Direito para o tema da violência doméstica e familiar e, principalmente, a formação e o aperfeiçoamento especializado daqueles que receberão e atenderão as vítimas dessa violência complexa, silenciosa, que irradia seus efeitos por tempo indeterminado, para além da pessoa da vítima, para além do lar, para além da família. (2011).<sup>19</sup>

Os legisladores tentando trazer mais eficácia para as medidas protetivas aprovaram em março de 2018 o projeto de lei que alterou o Artigo 24 da Lei Maria da Penha; com isso, incluindo como crime o descumprimento das medidas protetivas de urgência na legislação.

Assim, dispõe a Lei 11.340/2006:<sup>20</sup>

Art. 24 - A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018) Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018)

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018).

---

18 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. Acórdão no Habeas Corpus: HBC 20150020167575. Relator: NEVES, Esdras. Publicado no DJE: 03/07/2015. Pág.: 282 - 3/7/2015

19 HEERDT, Samara Wilhelm, Das medidas protetivas de urgência à ofendida – Artigos 23 e 24, CAMPOS, Carmem Hein (Org.). Lei Maria da Penha comentada de uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011, P. 324.

20 BRASIL. Lei Maria da Penha - Lei 11340/06

A Lei que entrou em vigor em 03 de abril de 2018 descreve: o agressor que descumprir as medidas protetivas estará sujeito à pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Entre as medidas protetivas previstas pela Lei Maria da Penha estão: afastamento do agressor do lar ou do local de convivência com a vítima; proibição a ele de se aproximar ou entrar em contato com a vítima, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibindo, ainda, a este de frequentar determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da mulher. Atualmente, a Lei Maria da Penha prevê que a autoridade policial poderá adotar as providências legais - previstas em caso de descumprimento de tais medidas.

A Lei também prevê que o crime de descumprimento de medida protetiva estará caracterizado independentemente da competência civil ou criminal do juiz que estabeleceu a medida. Além disso, a conduta configurará crime subversivamente de outras sanções que possam ser aplicadas ao agressor. E diz ainda que, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

O esperado com essa alteração que traz a Lei Maria da Penha, tornando crime o descumprimento das medidas protetivas, é que haja a diminuição do descumprimento das medidas e, com isso, possa inibir os agressores a se reaproximarem das vítimas, pois vários crimes de feminicídio já ocorreram após os agressores não cumprirem as devidas medidas.

## **Conclusão**

A violência doméstica e familiar contra as mulheres é um sério problema social. São notórios os vários casos de mulheres que sofrem agressões dos seus companheiros e que, muitas vezes, ficam caladas e não fazem a denúncia por medo de sofrerem novas agressões, já que os agressores sempre apresentam ameaça para, assim, manterem as vítimas em silêncio.

Porém, nem todas as mulheres sentem essa segurança na lei - o fato ocorre simplesmente pelas medidas de proteção preventiva e repressiva serem desobedecidas com grande frequência pelos agressores. A desobediência das medidas de proteção acontece pelo fato de não haver fiscalização em relação ao cumprimento delas pelo agressor, com isso, tornando as mesmas ineficazes na maioria das vezes.

Pensando no sentido de fazer com que as mulheres que sofrem com a violência doméstica e familiar se sintam mais seguras para denunciarem os seus agressores, foi incluído na Lei Maria da Penha, no rol das medidas protetivas, o crime para o descumprimento da

medida de proteção, sob a pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, para, dessa maneira, inibir o agressor e trazer mais eficácia para a Lei 11.340/2006.

Entretanto, até o presente momento, conclui-se pela ineficácia das medidas protetivas da Lei Maria da Penha, que ainda se mostra necessária uma providência de amparo a estas mulheres que sofrem reiteradas agressões físicas, morais, patrimoniais, sexuais e psicológicas.

### **Referências citadas**

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação penal especial – 12. ed. atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2017.

BRASIL, LEI MARIA DA PENHA - LEI No 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. Publicada no DOU de 8.8.2006. Edição Federal, Brasília, 7, agosto, 2006. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)>. Acessado em: 18.05.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. Acórdão no Habeas Corpus: HBC 20150020167575. Relator: NEVES, Esdras. Publicado no DJE: 03/07/2015. Pág.: 282 - 3/7/2015. Disponível em: <[https://tj-  
df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205024260/habeas-corporus-hbc-  
20150020167575](https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205024260/habeas-corporus-hbc-20150020167575)>.Acessado em 26 de maio de 2018.

BRASIL. Tratado Internacional, **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher**. Belém do Pará,1994. Disponível em:<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acessado em 17.05.2018.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica, Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. 2a Ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2007.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)** – São Paulo: Atlas, 2015.

FEIX, Virgínia, Das formas de violência contra a mulher Artigo 7ª, CAMPOS, Carmem Hein (Org.). **Lei Maria da Penha comentada de uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011. P. 201-214.

HEERDT, Samara Wilhelm, Das medidas protetivas de urgência à ofendida – Artigos 23 e 24, CAMPOS, Carmem Hein (Org.). **Lei Maria da Penha comentada de uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2011. P. 315-326.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada** - 4º. Ed. Rev. E ampl. - Salvador; JUSPODIVM, 2016.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate a violência contra a mulher: lei Maria da Penha 11.340/06**. Curitiba: Juruá, 2007.

SAN José, Costa Rica. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**, 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acessado em 17.05.2018

VELASCO, Clara. CAESA, Gabriela. REIS Thiago. Cresce número de mulheres vítimas de homicídio no Brasil dados de feminicídio são subnotificados. **G1.COM**. 07.03.2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/cresce-n-de-mulheres-vitimas-de-homicidio-no-brasil-dados-de-feminicidio-sao-subnotificados.ghtml>. Acessado em: 17 de maio de 2018.

## A INAPLICABILIDADE DAS PENAS PARA O USUÁRIO DE DROGAS NO MUNICÍPIO DE ARIQUEMES/RO, NO ANO DE 2015

Isabelen Silva Souza<sup>1</sup>  
Pedro Abib Hecktheuer<sup>2</sup>

### RESUMO

Trata-se de uma análise quanto a real aplicação das penalidades previstas para o crime de posse/porte de drogas, para consumo próprio, utilizando como parâmetro os crimes ocorridos no município de Ariquemes/RO, no ano de 2015. Os resultados demonstraram a ineficiência do sistema para coibir a conduta dos usuários de drogas, visto que na comarca a praxe do Ministério Público e do Poder Judiciário é deliberar pelo arquivamento dos casos, sob o fundamento da incidência do princípio da insignificância. Ficou comprovado que em nenhum dos crimes desta natureza, ocorridos no ano de 2015, o autor do fato foi condenado as penalidades previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

**Palavras-chaves:** Posse de drogas. Despenalização. Princípio da insignificância.

### ABSTRACT

It is an analysis of the actual application of penalties for drug possession, for personal use, using as a parameter the crimes occurred in the municipality of Ariquemes / RO, in the year 2015. The results demonstrated the inefficiency of the system to curb the conduct of users, since in the region the practice of the Public Prosecutor's Office and the Judiciary Power is to deliberate for the archiving of the cases, based on the incidence of the principle of insignificance. It was proven that in none of the crimes of this nature, occurred in the year 2015, the offender was sentenced to the penalties provided for in article 28 of Law 11,343 / 2006.

**Key-word:** Drug possession. Decriminalization. Principle of insignificance.

---

1 Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Católica de Rondônia (FCR). E-mail: isabelensouz@gmail.com.

2 Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Mestre em Direito Socioambiental e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Professor de Direito Constitucional e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Católica de Rondônia (FCR); Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Rondônia (FAPERO); Líder dos Grupos de Desafios Socioambientais, Saberes e Práticas na Amazônia e Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Advogado. Porto Velho, Rondônia. E-mail: pedro@fcr.edu.br.

## Introdução

A Organização das Nações Unidas (ONU) apresentou relatório<sup>3</sup> demonstrando que 5% da população mundial entre 15 e 64 anos, cerca de 243 milhões de pessoas, usam drogas ilícitas. Apontou ainda que em cada seis usuários de drogas, apenas um tem acesso a algum tipo de tratamento para dependentes.

O consumo de drogas ilícitas é um dos grandes males que assolam o mundo. Na década de 70 foi declarada a guerra contra as drogas, e, a partir de então, vários países passaram a intensificar suas políticas de prevenção e repressão ao tráfico e ao consumo das drogas. No ordenamento jurídico brasileiro entrou em vigor a Lei 5.726/71<sup>4</sup>, que foi revogada pela Lei 6.368/76<sup>5</sup>, esta, anos depois, complementada pela Lei 10.409/02<sup>6</sup>, sendo que ambas foram substituídas pela legislação então vigente, Lei 11.343/2006<sup>7</sup>.

A atual lei sobre o tema inovou ao despenalizar a conduta de quem porta drogas para consumo próprio, que antes penalizava o usuário com detenção, e agora, o trata como uma pessoa doente, em vez de criminoso. Tal fato, gerou discussão entre os estudiosos quando da entrada em vigor da nova lei antidrogas, pois muitos alegavam ter ocorrido a descriminalização.

As penalidades previstas são demasiadamente brandas e recebem críticas dos pesquisadores, ademais, alguns tribunais passaram a aplicar o princípio da insignificância nos

---

3 UOL NOTÍCIAS INTERNACIONAL. ONU: Consumo de drogas atinge 243 milhões de pessoas no mundo. 2014.

4 BRASIL. Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.

5 BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências.

6 BRASIL. Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências.

7 BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

casos, o que, em tese, não seria possível, por se tratar de crime de perigo abstrato que protege a saúde pública.

Ademais, mesmo diante das políticas públicas adotadas no Brasil, o número de consumidores continua aumentando e o tráfico de drogas, cada vez mais, se fortalece e intimida a sociedade. Além disso, pouco se fala em tratamento dos dependentes. Por outro lado, em alguns países do mundo o consumo de drogas foi legalizado e em vez de incriminar o indivíduo, passaram a ofertar tratamento, visando uma política de redução de danos.

Neste viés, pretende este trabalho demonstrar a inaplicabilidade das penas previstas para o usuário de drogas em relação aos crimes ocorridos na cidade de Ariquemes/RO, no ano de 2015.

Supõe-se que a legislação que criminaliza a posse/porte de drogas para consumo pessoal mostra-se ineficaz em cumprir sua finalidade. Isto se dá, por serem as sanções penais previstas brandas em demasia, ao ponto de não intimidar o cometimento da infração e, conseqüentemente, vem a tornar a realidade prática no município de Ariquemes/RO, no ano de 2015, destoante dos fins da legislação.

Deste modo, buscaram-se dados com as delegacias de polícia civil de Ariquemes, visando encontrar as ocorrências policiais com essa natureza no ano de 2015, além de ter sido verificadas todas as ocorrências tipificadas como crime de tráfico de drogas, a fim de averiguar aquelas as quais foram desclassificadas no momento da análise da autoridade policial para o delito de posse/porte de drogas para consumo.

Encerrada a pesquisa no âmbito das ocorrências policiais registradas, filtrou-se no livro de termos circunstanciados todos os procedimentos instaurados com base no artigo 28 da Lei 11.343/2006 os quais foram transmitidos ao Poder Judiciário, inclusive, aqueles relativos à ocorrências de outras naturezas, mas que continham a apreensão de drogas e assim, cumulativamente, culminavam ao usuário também as sanções do crime ora em análise.

Em seguida, concluídas as pesquisas no âmbito policial, a pesquisa direcionou-se ao Poder Judiciário. Em consulta ao sistema Projudi, analisou-se o desfecho de todos os termos circunstanciados citados acima, constatando, de fato, se as penalidades do artigo 28 da Lei 11.343/2006 estão sendo aplicadas no município, se o judiciário possui estrutura para a realização de todas as sanções previstas, e, ainda, qual a posição adotada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário quanto a aplicação do princípio da insignificância neste tipo de crime.

## 1 Adversidades Do Crime De Posse/Porte De Drogas Para Consumo Pessoal

No ordenamento jurídico vigente a posse/porte de drogas para consumo pessoal tem previsão na Lei 11.343/2006<sup>8</sup>, legislação que trouxe substancial mudança no tratamento dado ao usuário de drogas, visto que, anteriormente, a sanção penal estabelecida era de pena detentiva de (06) seis meses a (02) dois anos, inovando com a previsão de medidas educativas.

Essa evolução ocorreu graças a nova interpretação dada ao usuário de drogas, que passou a ser visto como uma pessoa doente, refém do próprio vício, e não mais um criminoso. Porém, a exclusão do cárcere (já que em nenhuma hipótese as medidas educativas poderão ser convertidas em pena privativa de liberdade) gerou sérias polêmicas em torno do tema.

Estudiosos criticaram as penalidades agora previstas, além das medidas que asseguram o seu cumprimento. Questionaram a natureza jurídica de crime, chegando a classificá-lo, inclusive, como infração "*sui generis*", enquanto alguns sustentavam "*abolitio criminis*". Ademais, debateram a aplicação (ou não) do princípio da insignificância, que ocasionaria a atipicidade material do fato e a consequente não configuração do crime.

Destaca-se a importância deste assunto e a necessidade de resolução de suas controvérsias, já que o tema afeta diretamente a sociedade e não apenas aqueles que fazem o uso de drogas, pois a vítima neste delito é a saúde pública, que a todos interessa.

### 1.1 Análise Crítica Do Preceito Secundário E Suas Medidas De Garantia

Estão previstas apenas três modalidades de pena<sup>9</sup> para o usuário de drogas frente a Lei 11.343/2006, são elas: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Todas essas penalidades se fundamentam na Carta Magna e não se tratam apenas de “medidas educativas”, pois sua aplicação está prevista em face de cometimento de ilícito penal, contra o agente maior e imputável. Podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente,

---

8 BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

9 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

além de substituídas a qualquer tempo por outra penalidade, desde que ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Em caso de advertência, o juiz designará uma audiência específica e o réu será levemente censurado sobre os efeitos malignos da droga em relação a si próprio e aos outros. É interessante reduzir a advertência a termo e colher a assinatura de todos: réu, juiz, defensor e representante do Ministério Público, pois a advertência gera reincidência e, caso o réu pratique outro crime, não será possível aplicá-la novamente, partindo, então, para outra medida mais eficiente.

Contudo, há quem defenda que esta penalidade não se enquadra nos conceitos de pena, por não atingir nenhuma de suas finalidades<sup>10</sup>, já que não é repressiva e nem preventiva.

De qualquer forma, não é de bom grado aplicá-la isoladamente, e sim cumulada com uma das outras duas sanções previstas. Caso contrário, o magistrado ficaria sobrecarregado com tantas audiências apenas para advertir o réu sobre os efeitos da droga, sem falar da ineficácia da medida.

A prestação de serviços à comunidade e o comparecimento à programa ou curso educativo são aplicados pelo prazo máximo de cinco meses, em conformidade com o parágrafo 3º, do Artigo 28, da nova Lei de drogas, e sua execução fica a cargo do juízo das execuções. Em caso de reincidência, esse prazo é aumentado, bem como, poderão ser aplicadas pelo prazo máximo de dez meses, conforme parágrafo 4º, do mesmo artigo.

Quanto à prestação de serviços à comunidade, a ideia do legislador foi a de fortalecer os estabelecimentos que se especializam na prevenção ao consumo de drogas, assim como no tratamento, visando a recuperação de usuários. Por este motivo, foi dada preferência a prestação de serviços nesses locais<sup>11</sup>, para apoiar as instituições sem fins lucrativos que possuem essa finalidade, em concordância com a previsão do parágrafo 5º, do Artigo 28, da nova lei de drogas.

---

10 Como apontam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho “Inexiste, em sua essência, o mínimo caráter aflagrante, não restringindo, por menor que seja, qualquer bem jurídico do condenado. Também não se presta a qualquer finalidade preventiva. Pelo contrário, a advertência, além de desprestigiar a função jurisdicional, poderá funcionar como verdadeiro incentivo à prática delitiva, pois o agente, consciente de que não sofrerá qualquer reprimenda de caráter aflagrante, perderá qualquer freio que possa impedi-lo de cometer o delito.” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas comentada artigo por artigo, 3 ed., São Paulo: Método, 2013, p. 69).

11 Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Em relação ao comparecimento a programa ou curso educativo, trata-se de pena inédita, que ainda não havia sido contemplada pelo Código Penal. Salienta-se, que a lei 11.343/2006<sup>12</sup> não discriminou a forma da obrigação do comparecimento, deste modo, na prática, faz-se uma analogia com a prestação de serviços à comunidade.

Com todo o exposto, percebe-se que mesmo diante de um usuário multireincidente, isto é, que tenha sido surpreendido diversas vezes portando drogas para seu consumo, não será imposta a pena de prisão, nem poderá haver sanção que exija mais dez meses de cumprimento. Neste contexto, verifica-se, ao contrário da lei antidrogas anterior, que o intuito do legislador não é punir o usuário, mas apenas reeducá-lo.

A maior coação no direito penal é o que o distingue dos demais ramos do Direito é a pena privativa de liberdade, isto porque, mesmo que o infrator esteja cumprindo uma penalidade mais branda, há o risco de conversão em prisão, caso haja descumprimento da sanção imposta. Contudo, em se tratando do usuário de drogas frente a Lei 11.343/2006, essa coação não ocorre.

Diante da impossibilidade de prisão, o legislador tratou especificamente de medidas de garantia para assegurar o cumprimento da pena, elegendo a admoestação verbal e a multa, no artigo 28, § 6º<sup>13</sup>, da Lei de Drogas. Sua aplicação é prevista nos casos em que o réu se recuse, injustificadamente, ao cumprimento das medidas educativas.

A admoestação trata-se de uma repreensão, em que o juiz advertirá o réu sobre as consequências de sua desídia delituosa. Assim, o agente será intimado a comparecer à audiência admonitória designada pelo magistrado, onde será feita a censura oral.

Embora a admoestação verbal em muito se pareça com a advertência, elas se diferem na finalidade, haja vista que a advertência tem o intuito de alertar o réu sobre os efeitos da droga, e, na admoestação, o magistrado apenas avisa ao réu que ele não está dando cumprimento a penalidade imposta, e, caso não a cumpra, se sujeitará ao pagamento de multa.

Desta forma, se a admoestação verbal não produzir efeitos, aplica-se a multa, isto é, a multa é a última medida constritiva, não podendo o juiz inverter a ordem da lei. Isso porque,

---

12 BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

13 Art. 28 § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I - admoestação verbal; II - multa.

conforme já exposto, o parágrafo sexto utiliza o termo “sucessivamente”. Assim, entende-se que a admoestação verbal antecede a multa, sendo que ambas não poderão ocorrer numa mesma audiência.

Em se tratando de multa, de acordo com a reprovação social da conduta do agente, será fixado pelo juiz o número de dias-multa que pode variar de 40 (quarenta) a 100 (cem), sendo que a cada um será atribuído o valor de trinta avos até três vezes o valor do salário mínimo, de acordo com a capacidade econômica do agente. Esses valores serão destinados para a conta do Fundo Nacional Antidrogas<sup>14</sup>.

Para aplicar a multa é seguido o procedimento bifásico, no qual, primeiramente, o magistrado determina o número de dias-multa e, em seguida, o valor de cada dia. Cabe salientar que na lei de drogas não é possível impor a pena de multa isoladamente, pois esta serve apenas como elemento de coerção ao usuário para que cumpra as penalidades a ele impostas.

Verifica-se que embora o legislador tenha se preocupado em trazer medidas para assegurar o cumprimento das medidas educativas, não parece viável designar uma audiência admonitória para admoestar o agente que não compareceu à audiência para ser advertido sobre os efeitos da droga, visto que esta, por si só, já não exigia nenhuma contraprestação por parte do condenado.

Ademais, não seria coerente o agente ser devidamente intimado a comparecer na audiência de admoestação para então ser ali intimado para uma nova audiência, agora para adverti-lo. Parece uma medida com maior razoabilidade a possibilidade de o magistrado admoestar e advertir o agente numa só audiência.

Desta forma, percebe-se que a medida de admoestação utilizada como garantia ao cumprimento de pena só será cabível nos casos de descumprimento ao comparecimento a programa ou curso educativo ou prestação de serviços à comunidade.

Além disso, caso o infrator devidamente intimado não compareça à audiência para ser admoestado e, não justifique, bem como, depois de algum tempo não cumpra a penalidade imposta, há o entendimento de que já será cabível a imposição de multa. Isso porque ele já

---

14 Art. 29. Na imposição da medida educativa a que se refere o inciso II do § 6o do art. 28, o juiz, atendendo à reprovabilidade da conduta, fixará o número de dias-multa, em quantidade nunca inferior a 40 (quarenta) nem superior a 100 (cem), atribuindo depois a cada um, segundo a capacidade econômica do agente, o valor de um trinta avos até 3 (três) vezes o valor do maior salário mínimo.

Parágrafo único. Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o § 6o do art. 28 serão creditados à conta do Fundo Nacional Antidrogas.

mostrou seu desinteresse e, sendo assim, caso estivesse presente na audiência a medida continuaria sendo ineficaz.

Neste viés, constata-se que as medidas de garantia de cumprimento não se mostram hábeis para assegurar a execução das penalidades<sup>15</sup>, já que a admoestação é uma repreensão ao usuário, assim como a advertência, e nem todos tem poder econômico para satisfazer a multa.

Verifica-se hodiernamente, que os pesquisadores e operadores do direito tentam elucidar as adversidades do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, pois as penalidades previstas e suas medidas de garantia não apresentam a coercibilidade esperada pelo Direito Penal. Todavia, constata-se que essa foi a real intenção do legislador ao abrandar o tratamento dado ao usuário, dando enfoque ao traficante como criminoso e ao usuário como doente. De outro lado, o que de fato ocorre, é a ineficiência do tipo penal frente à realidade vivida.

## **1.2 Polêmica Acerca Da Natureza Jurídica**

Com a entrada em vigor da Lei 11.343/2006, surgiu divergência na doutrina e também na jurisprudência no sentido de decidirem se a nova lei despenalizou ou descriminalizou o delito de posse/porte de drogas para consumo pessoal.

Dentre os defensores da descriminalização<sup>16</sup>, há quem argumente que o artigo 28 da Lei de Drogas, ao dispor sobre a posse de entorpecente para consumo pessoal, induz que as condutas descritas continuam sendo crimes, no entanto, no sentido técnico, o fato deixou de ser “crime”, isto é, houve a descriminalização (*abolitio criminis*), todavia, sem que ocorresse a legalização da droga.

---

15 Nesse viés, José Paulo Baltazar argumenta que: “Embora a imposição indiscriminada de pena privativa de liberdade não represente, evidentemente, solução para o usuário ou drogadito, é criticável, na nova lei, a impossibilidade total de imposição de medida coercitiva, ainda que como último recurso. Isso porque, em muitos casos, a admoestação não surtirá qualquer efeito e a multa, a ser executada como dívida de valor, nos termos do art. 51 do CP, não representa muito caso o usuário não tenha bens executáveis, o que não será nenhuma raridade. Com isso, foi colocado o magistrado no risível papel de admoestar, sem ter meios para garantir a autoridade de sua decisão e, sucessivamente (Oldoni: 114), impor uma multa de difícil execução. Em suma, a decisão sobre o cumprimento ou não das medidas resulta nas mãos do próprio apenado, o que é contraditório com a ideia de pena e do próprio direito como ordem de coerção. Nesse sentido: Guimarães: 121-125; Silva: 8.” (JUNIOR, José Paulo Baltazar. Crimes Federais, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1164)

16 Nessa linha: GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas comentada. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Salienta-se que o art. 1º, da Lei de Introdução do Código Penal Brasileiro<sup>17</sup> aduz que, legalmente, “crime” é uma infração penal que pode receber punição de reclusão ou detenção (podendo ser isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa). Sendo assim, não resta dúvida de que, do ponto de vista formal, a posse de drogas para consumo próprio deixou de ser “crime”, isso porque as penalidades impostas para essa conduta não resultam, de forma alguma, em pena de prisão.

Constata-se que a nova lei de drogas, no art. 28, a partir da conceituação trazida pela lei supramencionada, descriminalizou a conduta da posse de droga para consumo pessoal de maneira formal e afastou o rótulo de “crime”, porque não permite a pena de prisão em nenhum caso.

Por outro lado, a previsão do artigo 28, também foi considerada como infração penal *sui generis*<sup>18</sup>. A infração *sui generis* encontra-se entre o direito administrativo e o direito penal, é como se fosse um novo ramo de direito, podendo receber a nomenclatura de judicial sancionador. É uma infração de mera conduta, onde não se faz necessária a comprovação de nenhum perigo concreto.

Esse entendimento é minoritário, mas defende que houve descriminalização formal na nova lei, contudo sem legalizar as drogas no país, haja vista o fato constituir um ato contrário ao direito ao invés de crime, isto é, um ilícito *sui generis*.

Todavia, os defensores da despenalização alegam que mesmo não havendo previsão de pena privativa de liberdade para o crime em estudo, nota-se que ele está inserido no capítulo dos crimes e tem previsão de penas alternativas. Acrescenta-se que para a aplicação das sanções do artigo 28 é necessário um juiz criminal, e obedecido o devido processo legal, não bastando a presença de uma simples autoridade administrativa.

Corroborando nesse sentido, a alegação de que o artigo 1º, da Lei de Introdução ao Código Penal, datado de 1.940, já está ultrapassado, pois o direito daquela época era outro. Ademais, outras leis já alteraram a sua aplicabilidade. A título de esclarecimento, informa-se que esse artigo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porém, desde que interpretado à

---

17 BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941).

18 Luiz Flávio Gomes afirma que “não se tratando de um “crime”, sim, de mera “infração sui generis”, não sendo a prisão a pena cominada, pode-se transigir com as exigências emanadas do princípio da ofensividade [...]” (GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas comentada. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.121).

luz dos preceitos constitucionais, haja vista que à época de sua criação sua finalidade era apenas distinguir crime de contravenção penal<sup>19</sup>.

Outra interpretação não pode ser admitida, já que a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso XLVI, que o legislador poderá prever, dentre outras, as penas de restrição ou privação de liberdade, multa, perda de bens, suspensão ou interdição de direitos e prestação social alternativa<sup>20</sup>.

O Poder Constituinte Originário delegou ao Poder Legislativo a possibilidade de aplicar tais penas, além de criar outras, quando da aplicação do princípio da individualização da pena. Deste modo, verifica-se que não ocorreu a descriminalização do artigo 28 e qualquer interpretação contrária está em desacordo com a Carta Magna, além de violar o princípio da Supremacia da Constituição.

Além disso, a Lei 11.343/2006<sup>21</sup> veio após o advento do Decreto-lei 3.914/1941<sup>22</sup>, e ambos têm *status* de lei ordinária federal. Desta forma, o critério cronológico já resolve a questão. Ademais, a Lei de drogas é norma especial, que se sobrepõe a norma geral.

Nem sempre a pena privativa de liberdade, como método exclusivo, é a melhor solução. Por isso, com o passar dos anos, fez-se necessário o desenvolvimento de penas mais brandas no Direito Penal<sup>23</sup>.

Se ao analisar a ideia de crime fosse necessário associá-lo a prisão, a multa também não seria considerada penalidade, já que, se descumprida, não pode ser convertida em prisão.

Diante dos fundamentos jurídicos elencados, com a entrada em vigor da nova lei houve a despenalização e não a *abolitio criminis*. Esse é o entendimento majoritário e, inclusive, do STF<sup>24</sup>.

---

19 É nesse sentido a posição de: GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; JUNIOR, José Paulo Baltazar. Legislação Penal Especial Esquematizado, São Paulo: Saraiva, 2015.

20 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 04 de outubro de 1988.

21 BRASIL. Lei nº 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

22 BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941).

23 Guilherme de Souza Nucci esclarece em sua obra que: “o que houve, no caso do art. 28, foi fruto desse pensamento. Retirar o usuário de drogas do contexto da prisão pode contribuir para a sua melhor ressocialização. [...] Porém, deixou bem claro – eis aqui o princípio da legalidade – tratar-se de crime, ao qual se cominam penas”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 228).

Mesmo com a decisão do Supremo, Luiz Flávio Gomes continuou com seu posicionamento<sup>25</sup>. Além dele, outros doutrinadores discordaram do entendimento do STF, por acreditarem em outro instituto, defendendo que não houve a despenalização nem a descriminalização, e sim mera “*desprisionalização*”<sup>26</sup>, já que, apesar de mais brandas, ainda são previstas penalidades para o usuário, ficando excluído apenas o cárcere.

Conforme todo o exposto, embora a conduta de portar drogas esteja tipificada penalmente e tenha decisão do Supremo confirmando sua aplicabilidade, as questões acerca de sua natureza jurídica não ficaram pacificadas entre os estudiosos do Direito Penal.

### **1.3 A Controvérsia Aplicação Do Princípio Da Insignificância E Suas Consequências**

Outro ponto que merece destaque e que gera grande discussão na doutrina e jurisprudência é a aplicação do princípio da insignificância para os casos de posse/porte de drogas para consumo pessoal.

Isso porque, quando a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal for de pequena relevância, ocasionando os chamados crimes de bagatela, e, assim, não sendo provocada nenhuma afetação que justifique a intervenção do Direito Penal, é invocado o princípio da insignificância, que funciona como causa de exclusão da tipicidade.

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência não é pacífico o posicionamento quanto ao acolhimento do princípio da insignificância para o crime em análise. A jurisprudência do STF, num primeiro momento, não aceitava a aplicação do princípio, vindo depois a aplicá-lo, do que se conclui que a matéria ainda não está resolvida na Suprema Corte.

---

24 Fernando Capez, em sua obra, transcreveu o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido em 13/02/07: “1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes [...] 5. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/2006 não implicou abolição criminis [...]” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal Legislação Penal Especial, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 759).

25 Infração penal *sui generis*.

26 Defensores da desprisionalização: NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 228; e LIMA, Flávio Augusto Fontes de. Justiça Terapêutica em busca de um novo paradigma, 2 ed., São Paulo: Scortecci, 2013, p. 139.

Em pesquisa, verificou-se que no ano de 2007 houve uma decisão de não aceitação da incidência do princípio<sup>27</sup>. Em seguida, no mesmo ano até 2010, o Supremo passou a aceitar sua incidência<sup>28</sup>. Contudo, mudou o entendimento no final de 2010, que perdurou até 2014, quando da sua última decisão sobre esse tipo de crime, retornando a posição inicial de não aplicação do princípio<sup>29</sup>. Porém, entre esse período, precisamente no ano de 2012, sustentou uma decisão isolada<sup>30</sup> aceitando a sua aplicação.

Já no STJ, constatou-se apenas uma decisão aceitando a aplicação do princípio da insignificância, sendo que ela se deu no ano de 2001<sup>31</sup>. As demais são contrárias, visto que esta Corte é pacífica no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos crimes de porte de drogas para consumo próprio, possuindo, inclusive, uma decisão de inaplicabilidade no Informativo 541<sup>32</sup>.

---

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91759. 1ª Turma. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 09 de outubro de 2007.

28 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92961. 2ª Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90125. 2ª Turma. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 24 de junho de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91074. 2ª Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de agosto de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94524. 2ª Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 24 de junho de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94583. 2ª Turma. Relator: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 24 de junho de 2008; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97131. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101759. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103684. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104923. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94685. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99585. 2ª Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 30 de novembro de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 102940. 1ª Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107096. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de março de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107469. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 12 de abril de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107688. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 07 de junho de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 728688. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119458. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de março de 2014.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110475. 1ª Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2012.

31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 17956/SP. 6ª Turma. Min. Hamilton Carvalhido, Relator p/ Acórdão: Vicente Leal. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2001.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 541. Brasília, DF, 11 de junho de 2014.

Os defensores da inaplicabilidade desse princípio argumentam que o crime de posse de entorpecente é de perigo abstrato, por isso, mesmo que o usuário esteja com uma porção mínima e que seja capaz de fazer mal somente a ele, o princípio da insignificância não será aplicado, pois a droga é um risco em potencial para toda a sociedade<sup>33</sup>.

Para esta corrente, a finalidade do artigo 28 é punir aqueles que portam drogas para consumo, sendo irrelevante a quantidade, pois excluir a hipótese de incidência da pequena quantidade ensejaria o aniquilamento da norma<sup>34</sup>.

Isaac Sabbá Guimarães<sup>35</sup>, acredita na possibilidade da incidência do princípio, aduzindo que deve ser atendido um sentido de razoabilidade, de modo a evitar os custos benéficos da reta aplicação da lei. Neste viés, traçou alguns critérios para aplicação, dentre os quais verifica-se a remota potencialidade de causar dano a bem jurídico tutelado pela lei, caracterizada pela pequena quantidade da droga; o desvalor da culpabilidade; o desvalor da conduta.

Quanto a remota potencialidade de causar dano ao bem jurídico tutelado, deve ser verificado se em razão da pequena quantidade, a droga tinha potencialidade de fazer mal ao agente que a portava, pois, caso contrário, também não importaria riscos à terceiros. Já em relação ao desvalor da culpabilidade, percebe-se a necessidade de uma investigação por parte do aplicador da lei, vez que se mostra necessário avaliar o que levou o agente a carregar a droga naquele momento, isto é, se ele comprou por própria vontade ou foi induzido pelas pessoas que com ele estavam. Por fim, no que condiz ao desvalor da conduta, percebe-se a importância de verificar se ela representa riscos.

Guilherme de Souza Nucci<sup>36</sup> já se posicionou contra a incidência do princípio da insignificância, mas mudou o entendimento, passando a admitir sua incidência em caso de írrita quantidade, sob alegação da defesa dos princípios da dignidade da pessoa humana e da

---

33 Nessa linha: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas comentada artigo por artigo, 3 ed., São Paulo: Método, 2013.

34 Conforme o entendimento de Amaury Silva “A admissibilidade da utilização do princípio da insignificância veio sendo construída no panorama do entendimento do Excelso STJ, todavia, no estágio atual os mais recentes pronunciamentos têm sido no sentido de não se permitir tal interpretação, porque estaria a propiciar o aniquilamento da própria norma penal incriminadora”. (SILVA, Amaury. Lei de drogas anotada artigo por artigo, 2 ed., São Paulo: JH Mizuno, 2012, p.154).

35 GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Nova Lei Antidrogas comentada, 3 ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 43.

36 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 235.

intervenção mínima, ressaltando, ainda, que uma quantidade ínfima<sup>37</sup> não viabiliza nem mesmo a tipificação do art. 28.

A aplicação do princípio da insignificância torna o fato atípico, já que a lei utiliza o termo “substância capaz de causar dependência física ou psíquica”, e se a quantidade for tão pequena que não seja capaz de causar a dependência, excluirá, por certo, a tipicidade material, não caracterizando o crime de posse/porte de drogas para consumo próprio.

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal no julgamento de um crime de furto, de uma maneira geral, traçou alguns requisitos para a aplicação do princípio da insignificância<sup>38</sup>, sendo que a doutrina os chamou de vetores, e, desde então, vêm sendo adotados para análise da incidência do princípio nos demais crimes.

No crime de posse/porte de drogas para consumo próprio não seria diferente, para os que defendem a aplicação do princípio, tais vetores também deverão ser observados, sendo assim, há de se verificar no caso concreto a mínima ofensividade da conduta do agente; a nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Conforme já aduzido, não só os estudiosos do direito, mas também a jurisprudência dos Tribunais de Justiça do país, bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal não são pacíficos quanto ao reconhecimento do princípio da insignificância em se tratando do crime de posse/porte de drogas para consumo próprio. Visto que a jurisprudência ora se posiciona a favor, ora contra sua aplicação, e isto dificulta, por conseguinte, o trabalho do operador do direito.

É de se ressaltar que com a aplicação do princípio da insignificância e consequente exclusão do enquadramento típico, na prática, ocorre o arquivamento da ação penal. O autor do fato continua como réu primário e não sofre as consequências que a pena implica, isto é: reincidência, maus antecedentes, sequer perde o direito do benefício a transação penal.

Diante das sérias consequências da aplicação do princípio da insignificância e visando identificar o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça na cidade de

---

37 No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes dispõe que “se a droga concretamente apreendida não reúne capacidade ofensiva nenhuma, em razão da sua quantidade absolutamente ínfima, não há que se falar em infração”. (GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas comentada. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 126).

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004.

Ariquemes, esse trabalho voltou-se a uma pesquisa de campo, tomando como parâmetro os crimes ocorridos no ano de 2015, conforme se verá adiante.

## **2 A Inaplicabilidade Das Penas Para O Usuário De Drogas Previstas Na Legislação Vigente No Município De Ariquemes/Ro, No Ano De 2015**

No município de Ariquemes há quatro delegacias da Polícia Civil do Estado de Rondônia, são elas: 1. Delegacia especializada no atendimento à mulher (DEAM), sendo que esta também absorve a competência da delegacia especializada na apuração de ato infracional (DEAAI) e da delegacia especializada na proteção da criança e adolescente (DEPCA); 2. Delegacia geral (1ª DP); 3. Delegacia especializada em crimes contra a vida (2ª DP); e 4. Delegacia especializada em crimes contra o patrimônio (3ª DP).

O crime de posse de entorpecente, por não ser de competência de nenhuma delegacia especializada, com exceção daqueles cometidos por menor infrator, o qual é absorvido pela DEAM, é apurado pela 1ª DP.

Na Polícia Civil de Rondônia é utilizado o sistema denominado SISDEPOL para registro e pesquisa de ocorrências policiais. Com o intuito de verificar as ocorrências de posse de drogas para consumo próprio registradas no ano de 2015, foram realizadas pesquisas em todas as delegacias citadas, levando-se em conta que poderia ocorrer o registro errôneo em outra delegacia.

Cabe esclarecer que, além da busca por ocorrências registradas com a natureza de posse de entorpecente, também foram efetuadas buscas pelas tipificadas como tráfico de drogas. Isso porque, num primeiro momento, quando do registro da ocorrência, a natureza do fato é classificada pelos policiais militares ou agentes de polícia civil e somente com a análise realizada pela autoridade policial, o Delegado de Polícia, é que se conclui a tipificação da conduta no âmbito policial.

Assim, não fora encontrado registro de ocorrência de tráfico de drogas nas 2ª e 3ª Delegacias, e com a natureza de posse de entorpecente, houve somente um registro na 2ª DP. Na DEAM, houve (13) treze registros de posse de drogas para consumo pessoal e (07) sete registros de tráfico de drogas, porém, todos relacionados a menor infrator que originaram procedimento de apuração de ato infracional (PAAI).

Na Delegacia Geral foram registradas (53) cinquenta e três ocorrências de tráfico de drogas, sendo que (16) dezesseis delas foram desclassificadas para posse de drogas para

consumo pessoal e originaram termos circunstanciados (TCs). Outras (02) duas deram origem tanto a auto de prisão em flagrante delito (APFD) de tráfico de drogas, quanto a TCs de posse de entorpecente.

Com a natureza posse de drogas para consumo próprio houve (49) quarenta e nove registros na Delegacia Geral, dentre estes: (36) trinta e seis deram origem a TCs; (05) cinco geraram PAAI; (04) quatro foram analisadas como tráfico de drogas pela autoridade policial e originaram inquérito policial (IP), por meio de APFD e/ou portaria; (02) duas não tiveram autoria identificada e (01) uma não contava com o despacho do Delegado Plantonista, sendo que ambos os procedimentos não foram concluídos; e (01) uma não continha o histórico da ocorrência, motivo pelo qual foi arquivada como fato atípico.

Fora pesquisado ainda no livro tombo de termos circunstanciados, onde havia o registro de mais (23) vinte e três ocorrências policiais registradas com natureza diversas, porém, que continha em seu histórico a apreensão de droga e originaram TCs de posse de drogas para consumo próprio.

TABELA 1 - Natureza dos crimes pesquisados nas ocorrências policiais e seus respectivos desfechos.

<b>Natureza do Fato</b>	<b>Qtd.</b>	<b>Desfecho</b>
Tráfico de drogas	53	(16) Dezesesseis foram desclassificadas para posse de entorpecente e originaram TCs
		(02) Duas originaram APFDs e TCs
		Total de TCs: 18
Posse de drogas para consumo próprio	49	(36) Trinta e seis originaram TCs
		(05) Cinco originaram PAAIs
		(04) Quatro foram analisadas como tráfico de drogas e deram origem a IPL por meio de APFD e (ou) Portaria
		(02) Duas não possuíam autoria identificada (não concluído)
		(01) Uma estava sem despacho do delegado plantonista (não concluído)
		(01) não continha histórico (foi despachada como fato atípico e arquivada)
Total de TCs: 36		
Naturezas diversas	23	(23) Vinte e três ocorrências que originaram TCs
		Total de TCs: 23
<b>TOTAL GERAL DE TERMOS CIRCUNSTANCIADOS: 77</b>		

Fonte: Elaboração própria

Após a coleta de dados na delegacia de polícia civil, iniciou-se a pesquisa pelo nome dos autores no Projudi, sistema eletrônico utilizado pelo Tribunal de Justiça para movimentação de processos, através de login e senha de advogada desta comarca.

Quando da análise ao Projudi aos (77) setenta e sete TCs instaurados no âmbito policial, se obteve os dados informados na TABELA 2.

TABELA 2 - Quantidade de termos circunstanciados instaurados e seus respectivos desfechos.

<b>Quantidade</b>	<b>Desfecho dos Termos Circunstanciados</b>
(05) Cinco	Não foram concluídos no âmbito policial;
(01) Um	O MP entendeu que a conduta descrita se enquadrava no Artigo 33 § 3º, com causa de aumento prevista no Artigo 40, III, da Lei 11.343/2006;
(04) Quatro	O processo ainda está em tramitação, visto que houve apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Os quatro casos ainda não foram concluídos pela dificuldade de localização do autor do fato para realização de audiência;
(03) Três	O delito de posse estava conexo com outro crime e/ou contravenção. MP ofereceu proposta de transação penal, o autor do fato aceitou e cumpriu a penalidade imposta. Foi extinta a punibilidade do autor e o processo foi arquivado;
(01) Um	O delito de posse estava conexo com outro crime e/ou contravenção. MP ofereceu proposta de transação penal, mas o autor não compareceu à audiência preliminar. Em seguida, o MP ofereceu denúncia, referindo-se apenas ao outro fato, e pediu arquivamento quanto ao delito de posse;
(02) Dois	O delito de posse estava conexo com outro crime e/ou contravenção. MP ofereceu proposta de transação penal referente ao outro fato e pediu arquivamento pelo delito de posse. Os autos prosseguiram, referentes ao outro crime e/ou contravenção;
(01) Um	O MP ofereceu transação penal, mas o autor não compareceu à audiência e, em seguida, seu endereço também não foi localizado. O autos foram conclusos ao Parquet e este pediu arquivamento. O juiz acolheu o pedido;
(03) Três	O MP não se pronunciou antes da audiência preliminar. Os autores compareceram a audiência, mas o juiz deixou de analisar os autos sem o parecer do MP. Remetidos os autos ao MP, este pediu arquivamento com base no princípio da insignificância e o juiz acolheu;
(04) Quatro	O MP não se pronunciou antes da audiência preliminar. Os autores não compareceram a audiência. O juiz remeteu os autos ao MP para apreciação e este pediu arquivamento com base no princípio da insignificância. O pedido foi acolhido pelo juiz;
(03) Três	O Parquet, após análise dos autos, pediu arquivamento com fundamento no princípio da insignificância, porém não foi analisado pelo juiz antes da audiência preliminar. Na audiência, o autor do fato não compareceu. Em seguida os autos foram conclusos ao juiz e este aceitou o arquivamento;
(50) Cinquenta	O Parquet, após análise dos autos, pediu arquivamento com fundamento no princípio da insignificância e o juiz acolheu. Sequer houve audiência

De posse desses dados, verifica-se que (05) cinco dos procedimento sequer chegaram a fase judicial, e (01) um deles teve a tipificação alterada pelo Ministério Público (MP), o qual fez a denúncia por tráfico de drogas.

Dos (71) setenta e um termos circunstanciados de posse de drogas para consumo próprio, em apenas (04) quatro casos o MP ofereceu denúncia e, somente em outros (03) três casos, houve a proposta e conseqüente aceitação e cumprimento da transação penal, vez que estavam conexos com outra infração penal.

Em todos os outros (64) Sessenta e quatro TCs, o MP pediu arquivamento com base no princípio da insignificância, sendo que em 50 destes, sequer ocorreu a audiência preliminar.

Cabe destacar que, os (04) quatro casos em que ocorreu o oferecimento de denúncia tramitam até os dias atuais por dificuldade de localização do autor do fato para realização da audiência preliminar, e isso não implicou nenhum prejuízo ao réu, apenas acumula a máquina do judiciário.

Convém mencionar que, nos casos de transação penal, o MP ofereceu prestação de serviços à comunidade a ser cumprida no Lar Fraterno de Terceira Idade e também na escola Chapeuzinho Vermelho, sendo que ambos não são voltados para o tratamento e recuperação do usuário de drogas. De modo a não seguir o posicionamento da doutrina que, na interpretação da Lei, destaca a preferência do cumprimento em locais com tal qualificação<sup>39</sup>.

Acrescenta-se que em nenhum dos casos foi utilizada a penalidade de advertência, nem a de comparecimento à programa ou curso educativo. Quanto a este último, em entrevista com os técnicos judiciários do Juizado Especial Criminal (JECRIM), estes esclareceram informalmente que a cidade não dispõe deste aparato. Em regra, nas propostas de transação penal, eram ofertadas a prestação de serviços ou prestação pecuniária.

Desse modo, constata-se que a praxe judiciária do município em análise é a promoção de arquivamento, fundado nas diretrizes do princípio da insignificância. Assim, apenas em casos extremos o MP denunciará, isto é, naqueles casos em que ficarem comprovados que o

---

39 De acordo com esse entendimento: NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

autor do fato: já tem passagens pela polícia, possui TC arquivado pelo mesmo crime, tem conduta social voltada para o crime.

Na prática, conclui-se que as penalidades previstas no artigo 28 não são aplicadas, porque mesmo diante dos casos em que o *Parquet* ofereceu a denúncia, os processos sequer chegaram a fase de sentença e posterior execução de pena, pois os denunciados não foram localizados para citação da audiência preliminar. Chega-se a conclusão de uma total ineficiência do sistema, vez que não houve um caso sequer em que o autor do fato tenha sido condenado pelo Artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Nesse diapasão, questiona-se a importância do crime de posse de drogas para consumo pessoal, pois dentre os modelos de política criminal, o adotado (abolicionismo moderado ou minimalismo penal) dispõe que o Direito Penal deve intervir de forma mínima, atuando quando os demais ramos do direito não surtirem efeito e visando proteger os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

Deste modo, percebe-se que na realidade fática, o artigo 28 já está sofrendo a *abolitio criminis*. O autor do delito é encontrado portando a droga, isto é, a autoria e materialidade estão evidenciadas, e ainda assim, o *Parquet* pugna pelo arquivamento com base no princípio da insignificância, o qual é acolhido pelo judiciário (realidade observada no município de Ariquemes/RO).

O autor do fato não sofre nenhuma consequência jurídica, continua sendo réu primário, sem maus antecedentes, sem impedimento para receber o benefício da transação penal. Além disso, nem mesmo recebe tratamento especializado para sua recuperação quanto ao vício.

Constata-se que o sistema penal foi ineficiente, não alterou em nada a vida do usuário. Neste diapasão, faz-se mister avaliar a essência do artigo 28 no ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, parte dos estudiosos entendem que a liberdade do indivíduo deve ser ampliada e que a tutela do Estado diminuída, pois as tendências pessoais relativas à saúde moral, física e intelectual são de foro íntimo e desde que não causem danos a terceiros não devem ser controladas. Alegam até que o castigo para o usuário de drogas é a toxicomania, ou seja, o sofrimento de ser um dependente norteadado pelo vício<sup>40</sup>.

---

40 Nesse sentido: WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos, 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Estes pesquisadores fundamentam que a tipificação do artigo 28 é inconstitucional, por ferir direitos inerentes ao indivíduo, inclusive o Supremo reconheceu a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário 635.659<sup>41</sup>, que em breve será analisado pelo Plenário do STF.

Noutro giro, doutrinadores defendem que os usuários de drogas estão intimamente ligados a prática de outros delitos<sup>42</sup>, além do porte de drogas para consumo pessoal, dependendo da realização de furtos e roubos para arrecadarem dinheiro para compra de drogas<sup>43</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, merece destaque a decisão do STJ no julgamento do RHC 35920-DF<sup>44</sup>, sobre a não aplicação do princípio da insignificância nos casos de posse de drogas para consumo próprio. Dentre os argumentos, consta que o usuário necessita de doses cada vez maiores para satisfazer o vício, gerando a compulsão pela droga, e isso faz com que ele estimule o tráfico e todos os crimes relacionados. Ainda é exposto que a pequena quantidade é a essência do delito e que o legislador abrandou as penalidades visando a recuperação do usuário.

A conduta daquele que usa drogas além de ser prejudicial a si, também evidencia um perigo social. Não há como imaginar que apenas o bem jurídico dele seria lesionado, visto que os usuários não vivem em ilhas e sim numa sociedade<sup>45</sup>.

---

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de outubro de 2015.

42 Mariana de Assis Brasil defende que: "Apesar de entender que a política proibicionista e o Direito Penal não são a maneira adequada de se lidar com o fenômeno das drogas, não se pode fechar os olhos para o fato de que há importante vínculo entre o uso de estupefacientes e o cometimento delitos". (WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos*, 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

43 Odailson da Silva alega ainda que: "Estudos de imagem do cérebro de dependentes mostram mudanças em áreas do cérebro essenciais para o julgamento, tomada de decisão, aprendizagem, memória e controle do comportamento. Juntas, essas mudanças podem fazer o dependente conseguir meios financeiros a qualquer custo (roubos e furtos), por exemplo, e usar a droga compulsivamente, não obstante saber que isso o leva a situações adversas e que o está destruindo. Essa é a natureza do vício." (SILVA, Odailson da. *Droga! Internar não é prender*, 2 ed., CE: Arte Visual, 2013, p. 144).

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 35920/DF. 6ª Turma. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 de maio de 2014.

45 Nesse sentido: MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas comentada artigo por artigo*, 3 ed., São Paulo: Método, 2013.

O interesse coletivo se sobrepõe ao particular e por isso não há que se falar em inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, devendo conseqüentemente ser afastada a aplicação do princípio da insignificância.

Trata-se de crime de perigo abstrato e representa uma proteção à saúde pública, coibindo a possibilidade de disseminação das drogas na sociedade, pois muitas pessoas podem até experimentar algum tipo de droga e não se viciar, já outras possuem uma predisposição genética ao vício<sup>46</sup>, e isso dependente de organismo para organismo.

Muito se argumenta sobre a prisão não resolver o problema dos usuários de drogas, todavia, ressalta-se, que a legislação vigente no país já não prevê, em hipótese alguma, prisão ao usuário de drogas, impondo somente medidas educativas visando a sua recuperação. Contudo, tendo por base o município de Ariquemes/RO, o Poder Judiciário necessita de estrutura para o cumprimento das penalidades previstas.

Em entrevista com os serventuários da justiça, verificou-se que não é oferecido o curso educativo sobre os efeitos das drogas e, quando aplicada a prestação de serviços, também não há locais voltados para a recuperação dos usuários. O Estado se mostra ineficaz em relação a políticas públicas voltadas ao tratamento.

Sabe-se que o combate ao crime de porte de drogas não vem alcançando o resultado esperado como já exposto na pesquisa de campo, porém, a conduta não deve deixar de ser coibida<sup>47</sup>, pois situações semelhantes acontecem com outros crimes previstos no nosso ordenamento.

---

46 Odailson da Silva, em sua obra, expõe dados relevantes sobre o uso compulsivo de drogas: “No que tange especificamente ao uso compulsivo de drogas, de acordo com dados da OMS, 12,5% da população mundial têm uma predisposição genética dependógena em relação ao uso de drogas ilícitas e 15% em relação ao álcool. Isso quer dizer que pessoas inclusas nessa percentagem, se fizerem uso de drogas lícitas ou ilícitas, coadunado a outros fatores, tais como ambientais e familiares, irão certamente ser agarradas pelas presas da dependência química.” (SILVA, Odailson da. Droga! Internar não é prender, 2 ed., CE: Arte Visual, 2013, p. 137).

47 Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho argumentam que: “Embora se saiba que, para essas hipóteses, é mais útil a intervenção estatal a partir de políticas públicas voltadas ao tratamento e principalmente à reinserção social dos dependentes, visando trazê-los de volta ao seio social, não se pode privar o Estado de todos os meios preventivos e repressivos dessa verdadeira catástrofe social, dentre os quais a perspectiva de punição penal ao usuário. Conforme asseveram Rogério Schietti Machado Cruz e outros, “é verdade que a luta contra as drogas não tem alcançado o resultado desejado, mas isso também ocorre com homicídios, roubos, furtos, etc. e não é desistindo do combate que o problema será resolvido”.” (MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de Drogas comentada artigo por artigo, 3 ed., São Paulo: Método, 2013, p. 62.

Quando os pensadores jurídicos argumentam sobre a descriminalização da posse de drogas, inclusive sobre a legalização para o consumo, tem-se em mente um panorama mundial, visto que essa é a última tendência em diversos países.

Todavia, deve-se lembrar que, no início da década de 70, os Estados Unidos - EUA preocupados com a proporção que o tráfico de drogas tomava, passou a adotar medidas internas que permitiriam o enfretamento internacional. Em seguida, cito em 1971, a Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, que foi ratificado por diversos países.

O resultado disso foi a repercussão em quase todos os países da América Latina<sup>48</sup>, inclusive no Brasil, que alterou sua legislação sobre drogas editando a Lei nº 5.726/71 e, ainda na mesma década, alterou novamente com a edição da Lei 6.368/76, que previa detenção para o usuário de drogas.

O grande problema foi a disseminação de informações referentes ao que ocorria nos EUA como: a droga mais utilizada e perfis dos consumidores, assim como tratamentos oferecidos. De fato, foi espalhado na América Latina o “pânico” da droga e os resultados foram desastrosos, porque estava sendo copiado um modelo que não se adequava a realidade de todos os países<sup>49</sup>.

Deste modo, para que o erro não se repita, agora tratando-se da descriminalização, é necessária uma verdadeira análise diante da realidade brasileira, um estudo que indique qual a melhor forma de lidar com esse problema que é mundial, mas possui suas peculiaridades em cada país. Ao invés de seguir a tendência de outros, como se aqui predominasse a mesma cultura.

Pode-se citar a título de exemplo os meios de execução dos criminosos no Rio de Janeiro<sup>50</sup>, cruel realidade de violência no país, que resultam em mortes diárias, inclusive, com

---

48 Rosa Del Olmo bem aponta que “...em quase todos os países da América Latina se observa de maneira simultânea, durante os primeiros anos da década de setenta, a regulação do discurso jurídico. (...) seguido pelo Brasil com sua lei n.º 5.726 ou lei Antitóxico de 1971”. (OLMO, Rosa Del. A face oculta da droga, tradução de Teresa Ottoni, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 44).

49 Para Rosa Del Olmo “...os resultados foram desastrosos porque estavam sendo importados, e sendo impostos, discursos alheios que não levavam em conta nem a diferença entre as drogas, nem entre os grupos sociais”. (OLMO, Rosa Del. A face oculta da droga, tradução de Teresa Ottoni, Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 46).

50 WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos, 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.52.

vítimas de "balas perdidas". Situação não vivenciada nos países da Europa e que demandam tempo para alcançar uma solução<sup>51</sup>.

Diante de todo o exposto, verifica-se que o dependente de drogas de fato tornou-se um problema de saúde, mas não deixou de ser um problema da justiça. A linha entre o vício e o mundo do crime é tênue, por isso é necessário o controle estatal.

Parece viável que o Ministério Público, ao invés de propor o arquivamento dos processos de posse de drogas para consumo pessoal, impusesse as penalidades já previstas, vez que elas possuem caráter educativo e visam a recuperação do indivíduo.

Além disso, o Poder Público precisa tomar providências no âmbito da saúde pública, assim como, por exemplo, implantar clínicas de recuperação para atendimento dos usuários, já que a maioria não tem condições financeiras de arcar com o tratamento em clínicas particulares.

Neste viés, sugere-se que o país continue coibindo o crime de porte de drogas, assim como adote medidas para tratamento dos dependentes, disponibilizando lugares estruturados para que isso se concretize. Desta forma, o país avançaria no combate ao uso de drogas, visto que somente punir um viciado em nada adianta se foi a necessidade de fazer o uso da droga que o motivou a delinquir, e, não lhe impor penalidade ou tratamento algum é o mesmo que impulsioná-lo à prática de delitos.

### **Considerações Finais**

A legislação atual sobre drogas no país entrou em vigor no ano de 2006, deixando de prever pena privativa de liberdade para o usuário de drogas. Essa inovação gerou adversidades junto aos estudiosos do direito quanto a natureza jurídica do artigo que coibia a posse de drogas para consumo pessoal. Alguns alegaram *abolitio criminis* do tipo, outros classificaram como infração penal *sui generis*, até o que o Supremo Tribunal Federal se manifestou concluindo que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é crime e o que houve foi mera despenalização.

---

51 Nesse sentido, o psiquiatra Emmanuel Fortes da Associação Brasileira de Psiquiatria, defendendo um posicionamento contrário a legalização e acreditando que esta incentivaria o comércio das drogas, aduziu que "A proposta é simplista. Falar em liberação de droga no Brasil é até piada. O Brasil não controla nem a venda de cola de sapateiro, de bebida alcoólica a menores. Não vai controlar maconha, crack ou cocaína". Afirmou ainda que a associação e o Conselho Federal de Medicina também são contrários a legalização. (BRASIL. Senado Federal Brasileiro. Apertar o cerco ou descriminalizar? Revista de audiências públicas do Senado Federal, Ano 2 - Nº 8 - agosto de 2011, p. 70-78).

Ainda assim, muito se criticou entre os pesquisadores de direito quanto a eficácia do tipo penal, visto que as penalidades previstas, cito: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, são penalidades sem poder de coerção, mostrando-se ineficazes na prática, por não possuírem efeito intimidativo perante os usuários de drogas.

Ademais, o dispositivo prevê apenas a admoestação e multa como medidas de garantia do cumprimento da pena, tendo em vista que, em hipótese alguma poderá ser cabível a conversão em pena privativa de liberdade, o que, na realidade, não assegura o cumprimento das penas.

Também é controversa a classificação como crime de perigo abstrato, visando a proteção da saúde pública, vez que alguns defendem a aplicação do princípio da insignificância. Matérias estas que não são pacificadas nas jurisprudências, havendo precedentes para ambos os lados nos tribunais superiores.

Verificou-se na cidade de Ariquemes, que dentre os crimes de posse de drogas para consumo próprio ocorridos no ano de 2015, em nenhum caso o autor do fato foi condenado e muito menos iniciou o cumprimento das penalidades previstas. Constata-se que a praxe do Ministério Público e Poder Judiciário dessa comarca tende ao arquivamento, sob o fundamento da incidência do princípio da insignificância.

Concluiu-se também, que nos poucos processos em que houve transação penal, oferecida pelo Ministério Público porque o delito de posse estava conexo com outro, a prestação de serviços não foi direcionada a locais visando a recuperação e tratamento do usuário, pois a cidade não dispõe destas instituições. Assim como, também não oferece os cursos ou programas educativos sobre as drogas.

Ao iniciar a pesquisa, imaginava-se que as penalidades eram ineficazes pela falta de prestação por parte do usuário, isto é, ao não comparecer na audiência ou, até mesmo, por não cumprir as medidas impostas.

Todavia, chegou-se ao remate de que na comarca em análise é a postura dos operadores do direito, Ministério Público e Poder Judiciário, que tornam ineficazes as consequências do crime. Visto que, ao propiciar o arquivamento imediato dos autos, com fundamento no princípio da insignificância, beneficia-se o réu que não incidirá em reincidência numa nova prática delituosa, assim como, não terá maus antecedentes e

continuará a se valer dos benefícios da primariedade, e, caso já não seja réu primário, não contará com uma condenação a mais em sua ficha criminal.

## Referências

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**, de 04 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.914**, de 09 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.409**, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110409.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343/2006**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.726**, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L5726.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5726.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm)>. Acesso em 11 de abril de 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal Brasileiro. Apertar o cerco ou descriminalizar? **Revista de audiências públicas do Senado Federal**, Ano 2 - Nº 8 - agosto de 2011, p. 70-78.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 370791/ES. 6ª Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, DF, 30 de março de 2017.

Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=370791&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 56002/MG. 5ª Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 01 de março de 2012. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=56002&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial nº 620033/MG. 6ª Turma. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 14 de abril de 2015. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=620033&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 682038/MG. 6ª Turma. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 30 de junho de 2015. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=682038&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1576825/RS. 6ª Turma. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 08 de março de 2016. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1576825&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1536671/RS. 6ª Turma. Relator: Min. Ericson Maranhão (Desembargador Convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 25 de agosto de 2016. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1536671&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1581713/RS. 5ª Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 23 de agosto de 2016. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581713&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1581573/RS. 5ª Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 11 de novembro de 2016. Disponível em:  
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1581573&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 68686/MS. 6ª Turma. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 01 de setembro de 2016. Disponível

em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=68686&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 8827/RJ. 5ª Turma. Min. Edson Vidigal, Relator p/ Acórdão: Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 15 de junho de 1999. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=8827&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 27713/SP. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2004. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=27713&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 103749/MG. 5ª Turma. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=103749&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 130677/MG. 6ª Turma. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=130677&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 15434/SP. 5ª Turma. Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 02 de outubro de 2001. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=15434&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 158938/RS. 5ª Turma. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=158938&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 158955/RS. 5ª Turma. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, DF, 17 de maio de 2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=158955&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 171655/SP. 6ª Turma. Min. Sebastião Reis Júnior. Brasília, DF, 18 de outubro de 2011. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=171655&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 17956/SP. 6ª Turma. Min. Hamilton Carvalhido, Relator p/ Acórdão: Vicente Leal. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2001. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=17956&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=17956&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 181486/SP. 5ª Turma. Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 13 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=181486&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 241656/RS. 5ª Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 04 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=241656&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Próprio nº 219160/RS. 5ª Turma. Relator: Min. Marilsa Maynard. Brasília, DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=219160&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Especial nº 377737/MS. 5ª Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 16 de março de 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=377737&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 541. Brasília, DF, 11 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270541%27>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 290447/MG. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=290447&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 315923/MG. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 05 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=315923&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 521137/RS. 5ª Turma. Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 06 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=521137&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 555399/MG. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 06 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=555399&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604076/MG. 5ª Turma. Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 19 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=604076&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 612064/MG. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 01 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=612064&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 11122/RS. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 19 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=11122&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12601/RJ. 5ª Turma. Min. Felix Fisher. Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12601&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 22372/ES. 5ª Turma. Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=22372&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 07 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 34466/DF. 6ª Turma. Relator: Min. OG Fernandes. Brasília, DF, 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=34466&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 36195/DF. 5ª Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=36195&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 35920/DF. 6ª Turma. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 20 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=35920&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 43693/DF. 5ª Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=43693&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 35072/DF. 6ª Turma. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 18 de novembro de 2014. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=35072&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 37094/MG. 6ª Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+37094&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 77554/SP. 5ª Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=77554&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 728688. 1ª Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE+728688%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yahzglsh>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84412. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 19 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2884412%2ENUME%2E+OU+84412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zzyd6q>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 90125. 2ª Turma. Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2890125%2ENUME%2E+OU+90125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gonsp3k>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91074. 2ª Turma. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891074%2ENUME%2E+OU+91074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gtgtlge>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91759. 1ª Turma. Relator: Min. Menezes Direito. Brasília, DF, 09 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2891759%2ENUME%2E+OU+91759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvdjfwd>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 92961. 2ª Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2892961%2EN>

UME%2E+OU+92961%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/junm6kj. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94524. 2ª Turma. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894524%2ENUME%2E+OU+94524%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mdp4xp6>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94583. 2ª Turma. Relator: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 24 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894583%2ENUME%2E+OU+94583%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jrsvacc>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94685. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2894685%2ENUME%2E+OU+94685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycaatxnb>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97131. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897131%2ENUME%2E+OU+97131%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jahb32d>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99585. 2ª Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 30 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899585%2ENUME%2E+OU+99585%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7quy5us>. Acesso em: 16 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 101759. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28101759%2ENUME%2E+OU+101759%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hddmmqa>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 102940. 1ª Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28102940%2ENUME%2E+OU+102940%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/goje7qh>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103684. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28103684%2EN>

UME%2E+OU+103684%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hp78utn. Acesso em: 16 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104923. 2ª Turma. Relator: Min. Celso de Mello, Relator p/ Acórdão: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 26 de outubro de 2010. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28104923%2ENUME%2E+OU+104923%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gnkus24>. Acesso em: 16 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107096. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de março de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107096%2ENUME%2E+OU+107096%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h2u2u5h>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107469. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 12 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107469%2ENUME%2E+OU+107469%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybnrh8bu>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107688. 2ª Turma. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28107688%2ENUME%2E+OU+107688%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hn7mttc>>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110475. 1ª Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28110475%2ENUME%2E+OU+110475%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hf2c9jy>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 119458. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de março de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINC%CDPIO+DA+INSIGNIFIC%C2NCIA+POSSE+DE+DROGAS%29%28%40JULG+%3E%3D+20140101%29%28%40JULG+%3C%3D+20141221%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc59gc38>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 635659. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 05 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+635659%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocratica&url=http://tinyurl.com/auvvuta>. Acesso em: 13 de junho de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal Legislação Penal Especial**, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas comentada**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios Gonçalves; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Legislação Penal Especial Esquematizado**, São Paulo: Saraiva, 2015.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Nova Lei Antidrogas comentada**, 3 ed., Curitiba: Juruá, 2008.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Flávio Augusto Fontes de. **Justiça Terapêutica em busca de um novo paradigma**, 2 ed., São Paulo: Scortecci, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**, 3 ed., São Paulo: Método, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas volume 1**, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLMO, Rosa Del. **A face oculta da droga**, tradução de Teresa Ottoni, Rio de Janeiro: Revan, 1990.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada artigo por artigo**, 2 ed., São Paulo: JH Mizuno, 2012.

SILVA, Odailson da. **Droga! Internar não é prender**, 2 ed., CE: Arte Visual, 2013.

UOL NOTÍCIAS INTERNACIONAL. ONU: **Consumo de drogas atinge 243 milhões de pessoas no mundo**. 2014. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2014/06/26/onu-apesar-de-estavel-consumo-de-drogas-atinge-243-milhoes-no-mundo.htm>>. Acesso em 11 de abril de 2017.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de drogas e sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**, 1 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

## **TERMO DE AUTORIA E RESPONSABILIDADE**

Para fins de submissão e publicação dos artigos, na ocasião da aceitação dos termos da chamada do Congresso Amazônico de Direito, os autores declaram autoria e a participação na construção e formação dos respectivos estudos, assumindo a responsabilidade pública pelo seu conteúdo, não refletindo este a opinião dos organizadores do livro, do congresso ou dos membros da Editora.