

Organizadores  
Marco André Serighelli  
Cesar Marció  
Ricardo Emílio Zart  
Paulo Junior Trindade dos Santos

# CONHECIMENTOS TRANSVERSAIS E HORIZONTES DO DIREITO: *impactos sociais e regionais*



**EDITORA  
UNOESC**

© 2024 Editora Unoesc

Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc

É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.

Fone: (49) 3551-2065 - www.unoesc.edu.br/editora - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação  
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro  
Revisão metodológica: Carlos Libman  
Projeto gráfico e capa: Simone Dal Moro  
Diagramação: Simone Dal Moro

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

C749	Conhecimentos transversais e horizontes do direito: impactos sociais e regionais / organizadores: Marco André Serighelli...[et al.]. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2024. 440 p. ; 23 cm  ISBN: 978-85-98084-79-4 ISBN e-book: 978-85-98084-80-0 Inclui bibliografias  1. Direitos fundamentais. 2. Direito. 3. Constitucionalidade. 4. Violência. I. Serighelli, Marco André, (org.).  Doris 341.27
------	---

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

### **Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor  
Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi  
Campus de Chapecó  
Carlos Eduardo Carvalho  
Campus de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
Campus de Videira  
Carla Fabiana Cazella  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitora de Ensino  
Jaciney Aparecida Danielli

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-  
Graduação, Extensão e Inovação  
Kurt Schneider

Diretor Executivo  
Jarlei Sartori

### **Conselho Editorial**

Tiago de Matia	Silvio Santos Junior
Sandra Fachineto	Carlos Luiz Strapazon
Aline Pertile Remor	Wilson Antônio Steinmetz
Lisandra Antunes de Oliveira	César Milton Baratto
Marilda Pasqual Schneider	Marconi Januário
Claudio Luiz Orço	Marcieli Maccari
Ieda Margarete Oro	Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

## DEDICATÓRIA

*A todos que pensam no Direito como a força harmonizadora que equilibra a balança da justiça, onde o conhecimento vai moldando o caminho para uma sociedade na qual a igualdade e a dignidade prevalecem.*

Marco André Serighelli

*Aos que, valorizando a cientificidade da pesquisa, lutam pelo reconhecimento de um direito fruto da historicidade, da facticidade e da fenomenologia, expedientes que estruturam um pensamento acadêmico crítico, realidade que (quicá) propiciará um novo olhar (policêntrico) para as necessidades humanas e, em especial, para a concretização dos direitos fundamentais.*

César Marció

*A todos aqueles que de forma incansável e abnegada buscam na pesquisa jurídica científica ferramenta para efetivar o Direito e, consequentemente, a Justiça em nossa sociedade.*

Ricardo Emílio Zart

*Esta obra é dedicada aos envolvidos em todo o trabalho, desde a Unoesc e sua gestão, Editora e outras pessoas empenhadas no ensino, somando-se à Coordenadora do Curso de Direito Marcia Petri e ao entusiasta e organizador desta obra, o Professor Marco André Serighelli, como também a colaboração e envolvimento dos docentes e discentes do Curso de Direito da Unoesc Videira, que enriqueceram a obra com pesquisas em profundidade, refletindo assim toda a formação acadêmica de nossa querida e estimada instituição de ensino.*

Paulo Junior Trindade dos Santos



# APRESENTAÇÃO

## COMPARTILHANDO EXPERIÊNCIAS EM PESQUISAS NO CAMPO DO DIREITO

Marco André Serighelli

César Marció

Ricardo Emílio Zart

Paulo Junior Trindade dos Santos

A instabilidade do modelo jurídico-normativo dominante e da racionalidade técnica exige a necessidade de se pensar uma nova perspectiva no âmbito da cultura jurídica. A valer, os fenômenos sociais precisam ser estudados sob a égide da superação da dogmática jurídica. Pois, a diversidade dos fenômenos permite alternativas de construção de conhecimento jurídico que levam em consideração um estudo metodológico conceitual e plural do Direito.

Pensar o Direito numa dimensão mais ampla e global, nos coloca num momento de consciência desta instabilidade do modelo jurídico-normativo, o que possibilita um novo olhar para a construção do conhecimento científico, colaborando para preencher a lacuna por meio da flexibilização, intercâmbio e articulação entre os pesquisadores e os conhecimentos gerados por eles.

Essa nova perspectiva da formação jurídica, de características epistemológicas é compreendida sob uma nova lógica e uma nova ética, as quais estimulam os sujeitos ao debate jurídico e a reestruturação do objeto do Direito. É neste novo contexto paradigmático do campo do Direito que a pesquisa contribui para a formação do ensino jurídico, uma vez que amplia as atividades de ensino-aprendizagem, aprimora a oportunidade para reflexões e novas investigações sobre o objeto de estudo, culminando na efetiva elaboração de um movimento criativo.

A pesquisa é, acima de tudo, um ato de criação. O desenvolvimento da pesquisa manifesta a busca pela geração de novos conhecimentos.

Este livro inaugura o primeiro volume do livro intitulado “CONHECIMENTOS TRANSVERSAIS E HORIZONTES DO DIREITO: impactos sociais e regionais”, o mesmo tem o objetivo de trazer a lume os artigos científicos elaborados e confeccionados como trabalhos de conclusão de curso do Curso de Direito da Unoesc Videira.

Assim expõe este livro os mais diversos temas, totalizando 13 (treze) artigos científicos divididos em dois eixos, os quais se alinham às preocupações mais contemporâneas e atuais do Direito, evidenciando o potencial do impacto social e de desenvolvimento regional, preocupações estas identificadas na missão da Unoesc.

O eixo **“A constitucionalização do direito e novos olhares”** inicia com o capítulo “A (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro como garantia dos direitos fundamentais” da autora Vanessa Justimiano e Nilson Feliciano de Araujo, o qual analisou as tentativas de projetos de lei que envolveram a temática do direito ao esquecimento e a necessidade da provocação da atividade legiferante da União sobre o tema. Também os casos de grande relevância nacional que foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, e a forma em que foram julgados. Por fim, entendeu-se que é necessária a criação de legislação com abrangência nacional sobre o tema, e sugere-se que a melhor solução para a temática, atualmente, é a análise do caso concreto aplicando-se a técnica jurídica da ponderação, observando quem sofrerá menor prejuízo, se será o indivíduo tendo seus dados pretéritos trazidos à tona novamente, interferindo nos novos rumos de sua vida, ou a liberdade de imprensa que sofrerá com o direito de informação e a memória coletiva.

No capítulo denominado “A (in)constitucionalidade do exercício da advocacia por policiais e militares na ativa”, de autoria de Aryane

Brambila e Ricardo Emílio Zart, verifica-se que a Lei 9.906/94, chamada de Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, elenca, no artigo 28, as atividades que são impedidas de serem exercidas simultaneamente com a advocacia, independentemente de ser em causa própria. Com o advento da Lei 14.365/2022, o referido artigo sofreu alterações, que passou a prever a possibilidade de que policiais e militares (mesmo em plena atividade) pudessem exercer a advocacia em causa própria. Inconformada, a Ordem dos Advogados do Brasil impetrou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, perante o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de reverter tal liberação, sob o pretexto de que essa conduta ia contra às normas constitucionais vigentes.

O capítulo três “A impossibilidade do reconhecimento do parto anônimo no Brasil e a entrega voluntária do seu filho para adoção como direito fundamental da mulher” de Daniele Kangerski e Vanderleia Rodrigues Seidel, destaca a (im)possibilidade do reconhecimento do parto anônimo no Brasil e a entrega voluntária do filho para adoção, tendo como eixo a preocupação com as políticas públicas na área da saúde;

O capítulo quatro é de autoria de Julia Muncinelli Piccoli e Vanderleia Rodrigues da Silva Seidel intitulado “O dever legal de proteção à vida humana desde a concepção sob a ótica da escola do direito natural clássico” procurou tratar do dever legal de proteção à vida humana desde a concepção sob a ótica da Escola do Direito Natural Clássico, tendo como eixo o debate sobre o reconhecimento da dignidade humana e da personalidade jurídica do nascituro.

“O posicionamento do tribunal de justiça de Santa Catarina nos casos de violência obstétrica”, de autoria de Laura Aguiar Adam e Vanderleia Rodrigues da Silva Seidel, versa sobre o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos casos de violência obstétrica, anterior e posteriormente a entrada em vigência da Lei n. 18.322/22, tendo como objetivo analisar as decisões proferidas pelos tribunais

catarinenses quanto esta violência e se há um entendimento pacificado. Para isso foi utilizado a pesquisa documental, exploratória e qualitativa. Como procedimentos metodológicos, foram realizadas leituras de diversas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado nos casos de violência obstétrica considerando os fundamentos legais utilizados pelos magistrados e se atualmente a Lei n. 18.322/22 vem amparando suas decisões.

O capítulo seis dos autores José Marcio Vorel e Marcelo Ricardo Weber, intitulado “Da (in)eficácia da mediação antecedente às empresas que preenchem os requisitos legais para requerer recuperação judicial” aponta que a referida inovação legislativa veio como uma opção para as empresas tentarem evitar o processo de recuperação judicial e como uma solução para descongestionar o Poder Judiciário de demandas morosas. A pesquisa descritiva adotou procedimentos bibliográfico e documental com abordagem qualitativa. Observou-se, que a mediação antecedente não consegue cumprir sua finalidade e, portanto, não se mostra como uma opção eficaz às empresas em crise. Nesse sentido, a mediação antecedente pode se tornar, inclusive, prejudicial às empresas devedoras, e o Poder Judiciário pode ter inclusive um aumento em suas demandas judiciais, tendo em vista que a maioria das empresas que instaura o procedimento de mediação ingressa, posteriormente, com o pedido de recuperação judicial.

O texto “Da possibilidade do reconhecimento de período de labor anterior aos 12 anos de idade para fins de aposentadoria por idade híbrida” dos autores de Alexandre Arevolo Muller e Ivan Alves Dias, trata da possibilidade do reconhecimento de período de labor anterior aos 12 anos de idade para fins de aposentadoria por idade híbrida. Foram analisadas as leis brasileiras, sob o olhar da doutrina, em face da utilização do trabalho anterior aos 12 anos de idade, para o cômputo deste tempo remoto, em favor a concessão da aposentadoria por idade híbrida. Os autores utilizaram a metodologia da pesquisa exploratória e



descritiva, bibliográfica e documental e de abordagem qualitativa. Após levantamento realizado no TRF4, nos últimos 2 anos, encontraram-se decisões judiciais favoráveis ao objeto da pesquisa, elencando-as em forma de tabela. Posteriormente, foram analisadas a tese e a fundamentação aplicadas nas decisões. Os documentos legais garantem o cômputo do tempo de labor anterior aos 12 anos de idade para fins previdenciários, ratificando a hipótese.

O Capítulo oito denominado “A inaplicabilidade das medidas despenalizadoras em delitos que envolvam violência doméstica contra à mulher”, de autoria de Alessandra Cristina Rossdeutscher Bialkowski, e Ricardo Emílio Zart, abre o eixo dois **“Diálogos contemporâneos em Direito Penal”**. O texto tem como objetivo verificar a possibilidade ou não de utilizar-se os institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Para tanto, foi feita a análise da Súmula nº 536 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, a qual decidiu que os benefícios da Lei nº 9.099/95, não caberiam em crimes que envolvessem violência doméstica e familiar contra a mulher. Diante de tal decisão do STJ buscou-se verificar através de julgados dos Tribunais de Justiça, a eficácia de tal decisão.

“Da eficácia dos Termos Circunstanciados lavrados em decorrência do delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006”, de autoria de Alexandre Röhrig e Ricardo Emílio Zart, tem por objeto de estudo analisar se os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte de drogas para consumo pessoal apresentam-se eficazes e razoáveis. Diante disso, buscou-se esclarecer as taxas de resolubilidade dos termos circunstanciados, demonstrando a inviabilidade da aplicação do artigo 30 da Lei nº 11.343/06 e sugerir alterações ao mesmo dispositivo legal. Avaliou-se, ainda, a eficácia de resoluções alternativas, atinentes ao oferecimento da transação penal, levando em conta uma verificação de dados referentes a julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O texto intitulado “Da necessidade de aplicação do crime de estupro de vulnerável na controvérsia consolidada no tema repetitivo nº 1.121 do STJ”, elaborado por José Victor Faccin Maurina e Ricardo Emílio Zart, pondera que a partir da fixação do tema repetitivo nº1.121 do Supremo Tribunal de Justiça, o qual descarta a possibilidade de desqualificar o crime de estupro de vulnerável para crime menos grave, emergem direcionamentos desiguais por parte da doutrina e jurisprudência, questionando se a decisão do egrégio Tribunal de fato alcança o senso de justiça ou causa grave iniquidade. Diante desse cenário, a pesquisa visou analisar a dicotomia presente nos argumentos dos hermeneutas e doutrinadores, com o escopo de, ao final, externalizar a posição mais justa e eficaz. Observou-se que os julgados brasileiros não são convergentes, muito menos pacíficos, pois os julgadores se socorrem em argumentos diametralmente opostos, gerando forte instabilidade jurídica.

O capítulo seguinte denominado “A (in)admissibilidade da utilização da carta psicografada como prova no direito processual penal brasileiro”, de autoria de Kellen Amanda Oliveira e Ricardo Emílio Zart, teve por objetivo a análise jurídica da (in)admissibilidade da carta psicografada como meio de prova documental no processo penal. Alguns juristas têm defendido a sua admissibilidade, sob a ótica de que a psicografia é um fenômeno cientificamente comprovado, não ferindo a ampla defesa e o contraditório, tampouco da laicidade do Estado. Por outro lado, o uso da psicografia nos processos judiciais, apresenta diversas críticas devido ao Estado Brasileiro ser laico, não podendo haver distinção entre religiões. Ainda, há aqueles que discordam totalmente dessas decisões, em decorrência de os Espíritos não serem pessoas naturais capazes de se tornarem testemunhas nos processos judiciais, para que possam expor sua visão ao caso através de um médium.

Na sequência, tem-se o capítulo “O sistema progressivo de pena e a precariedade de cumprimento do regime semiaberto”, de autoria de

Tiago Padilha Arpini e Everson Alves da Silva, que objetivou abordar de maneira crítica o sistema de progressão de pena e a precariedade do cumprimento da reprimenda no regime semiaberto. Tratou-se da violação dos direitos do condenado quando mantido em regime de cumprimento de pena diverso daquele fixado na sentença penal condenatória. A partir do estudo da jurisprudência e doutrina pertinentes, foi possível constatar que, com a publicação da súmula vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal pacificou-se entre os tribunais o entendimento de que é dever do Estado proporcionar as condições mínimas para que seja efetivado o cumprimento da pena em total obediência ao título executivo firmado a partir da sentença condenatória, sendo que caso não contenha estrutura capaz de comportar a quantidade de presos ou não havendo infraestrutura conforme a legislação prevê, não poderá o apenado ser prejudicado, devendo o juízo da execução adotar medidas viáveis para manter o preso em regime menos rigoroso até que se viabilize a disponibilidade de vaga no regime próprio ou ocorra a progressão do regime.

Por fim, o último capítulo do seguimento de Direito Penal é o artigo intitulado “os reflexos da violência institucional no processo penal brasileiro: uma análise voltada aos crimes sexuais”, produzido por Wesley Felipe Hentz e Everson Alves da Silva, teve como objeto de estudo os reflexos que a introdução do crime de violência institucional, previsto no art. 15-A da Lei de Abuso de Autoridade trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente quanto ao direito da vítima e do acusado durante a instrução processual, buscando verificar a eficácia da norma e sua constitucionalidade. Da análise jurisprudencial, foi possível constatar que crimes de violência sexual normalmente ocorrem na clandestinidade, de modo que a palavra da vítima tem relevante apreço para o julgamento, então, o depoimento deve ser tomado na quantidade necessária para a condenação do réu, ou então para sua absolvição. A não reinquirição da vítima, visando não trazer novamente à tona a situação anteriormente vivenciada, pode ser vista como o cerceamento de defesa

pela não produção de provas, e assim, impedindo o acusado de valer-se da sua ampla defesa e contraditório, mas também pode deixar de condenar um criminoso, pelo simples fato de não haverem mais provas a serem produzidas.

O Posfácio de César Marció e Claudio Orso, destaca que esta obra deriva dos Trabalhos de Conclusão de Curso dos acadêmicos do curso de Direito da Unoesc Videira. Sob a orientação do Corpo Docente, em colaboração com o Núcleo Docente Estruturante (NDE) e a Coordenação, a coletânea reflete a preocupação constante com o desenvolvimento jurídico e científico dos alunos. Ancorada na pesquisa e prática jurídica, a obra, que é apontada como início de uma parceria com grupos de pesquisa e a rede internacional Nexus Scientia, abraça diversas temáticas, destacando-se como um marco jurídico relevante para as complexidades sociais do mundo contemporâneo e o desenvolvimento regional, alinhando-se aos valores comunitários e filantrópicos da Unoesc.

Após essa breve apresentação do conteúdo, gostaríamos de ressaltar que a coletânea “CONHECIMENTOS TRANSVERSAIS E HORIZONTES DO DIREITO: impactos sociais e regionais” está alinhada com as preocupações institucionais, assim como as do Núcleo Docente Estruturante (NDE), da Coordenação do Curso e das disciplinas de TCC. Este alinhamento é dimensionado desde a fase inicial no desenvolvimento de trabalhos com temas atuais e contemporâneos.

Portanto, os caminhos percorridos nas disciplinas do Curso de Direito da Unoesc Videira também alertam quanto aos diversos temas, os quais podem tornar-se um bom trabalho científico, dando assim uma profunda dimensão das inovações e de temas relevantes ao direito.

O caminho só é construído com a mais plena cooperação e colaboração, e esta obra é fruto de muito esforço e dedicação dos Professores e dos Alunos do Curso de Direito da Unoesc Videira, que tem

plena preocupação pedagógica, de aprendizagem e de ensino, prezando pela qualidade de suas atividades acadêmicas.

Nesta esteira, e lembrando da entrevista da Professora Carla Cazella, não só pelos eventos realizados, mas pelas preocupações com o Curso de Direito, os trabalhos de conclusão nesta obra, também procuram demonstrar “a discussão sobre como as leis devem evoluir para acomodar as complexidades da inovação tecnológica [abrindo] caminho para reflexões profundas sobre o futuro do Direito na pós-modernidade [o que] torna ainda mais relevante em um cenário onde as tecnologias emergentes estão moldando as bases de nossa sociedade”.

Para isso acontecer com cada vez mais vigor e vitalidade, pensamos e repensamos todos os dias os novos contornos e críticas do direito, abordando assim novas temáticas a partir da consolidação de vários grupos de pesquisa, integração com programas de pós-graduação, redes de pesquisas internacionais e partilhamento de colaboração com outros cursos.



## PREFÁCIO

“O direito é o grande arquiteto das sociedades, e seu estudo nos permite enxergar além das fronteiras convencionais, compreendendo os intrincados laços sociais e regionais que moldam nossa realidade jurídica”.

— Rui Barbosa

É com imensa alegria e entusiasmo que prefacio este magnífico livro, verdadeiramente inspirador, resultado do talento e da dedicação dos estudantes e docentes do curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc - Videira). Cada contribuição reflete não apenas conhecimento, mas também o compromisso em enfrentar os desafios presentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, tornando esta jornada de aprendizado ainda mais enriquecedora e estimulante.

O direito, como campo do saber, não se limita a normas e regras estáticas, mas se transforma e adapta à medida que a sociedade evolui. Em tempos de mudanças sociais e tecnológicas rápidas, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de uma abordagem transversal e interdisciplinar para abordar questões jurídicas de maneira eficaz e justa. É nesse contexto que a presente obra se apresenta como uma contribuição significativa para o debate jurídico contemporâneo.

O livro traz uma abordagem inovadora que transcende os limites tradicionais do estudo jurídico. Essa perspectiva é essencial para enfrentar os desafios contemporâneos, em que as questões jurídicas estão intrinsecamente ligadas a diversos aspectos da vida social.

Os capítulos aqui reunidos são fruto de pesquisas e análises minuciosas de estudantes e docentes que compreendem a complexidade do direito em suas várias facetas. Ao adotar uma perspectiva transversal, os autores exploram a intersecção do direito com outros ramos do conhecimento, iluminando questões que, de outra forma, poderiam permanecer à margem do debate jurídico convencional.

Ao explorar os horizontes do direito, os leitores são convidados a refletir sobre temas emergentes e a importância de uma abordagem multidisciplinar para a resolução de problemas jurídicos. Ressalte-se que os temas foram trabalhados com rigor acadêmico e sensibilidade prática, demonstrando a relevância do direito como ferramenta de transformação social.

Espero que esta obra inspire estudantes, profissionais do direito e todos aqueles interessados a adotarem uma postura aberta e reflexiva, reconhecendo a importância dos conhecimentos transversais na formação de um pensamento jurídico mais amplo e inclusivo, que contribua para a construção de um direito mais justo e eficaz, capaz de promover o bem-estar social e regional em todas as suas dimensões.

À medida que concluo este prefácio, é com gratidão que reflito sobre o esforço conjunto que trouxe este trabalho à luz. Cada palavra, cada ideia compartilhada, é fruto de dedicação e paixão pelo conhecimento jurídico. Que este livro sirva como um farol, guiando leitores através das complexidades do direito e inspirando reflexões profundas sobre sua aplicação em contextos diversos. Que a busca pelo entendimento e pela justiça continue a nos unir e a nos impulsionar para um futuro mais consciente e equitativo.

Sinto-me honrada em prefaciar este belo livro e agradeço a todos os autores e colaboradores que tornaram possível a realização deste projeto, bem como aos leitores que se aventuram nesta jornada de descoberta e reflexão.

Boa leitura!

Márcia Coser Petri



# SUMÁRIO

DEDICATÓRIA ..... 3

APRESENTAÇÃO  
COMPARTILHANDO EXPERIÊNCIAS EM PESQUISAS NO CAMPO  
DO DIREITO ..... 5  
Marco André Serighelli, César Marció, Ricardo Emílio Zart,  
Paulo Junior Trindade dos Santos

PREFÁCIO ..... 15  
Márcia Coser Petri

## PARTE I A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E NOVOS OLHARES

### CAPÍTULO 1

A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO GARANTIA DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS ..... 23  
Vanessa Justimiano, Nilson Feliciano Araújo

### CAPÍTULO 02

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA  
POR POLICIAIS E MILITARES NA ATIVA ..... 53  
Aryane Brambila, Ricardo Emílio Zart

### CAPÍTULO 03

A IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PARTO  
ANÔNIMO NO BRASIL E A ENTREGA VOLUNTÁRIA DO SEU FILHO  
PARA ADOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER ..... 77  
Daniele Kangerski, Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel

## **CAPÍTULO 04**

O DEVER LEGAL DE PROTEÇÃO À VIDA HUMANA DESDE A CONCEPÇÃO SOB A ÓTICA DA ESCOLA DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO .....	105
Julia Muncinelli Piccoli, Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel	

## **CAPÍTULO 05**

O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.....	137
Laura Aguiar Adam, Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel	

## **CAPÍTULO 06**

DA (IN)EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO ANTECEDENTE ÀS EMPRESAS QUE PREENCHEM OS REQUISITOS LEGAIS PARA REQUERER RECUPERAÇÃO JUDICIAL .....	165
José Marcio Vorel, Marcelo Ricardo Weber	

## **CAPÍTULO 07**

DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PERÍODO DE LABOR ANTERIOR AOS 12 ANOS DE IDADE PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA.....	197
Alexandre Arevolo Müller, Ivan Alves Dias	

# **PARTE II**

## **DIÁLOGOS CONTEMPORÂNEOS EM DIREITO PENAL**

## **CAPÍTULO 08**

A INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS EM DELITOS QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA À MULHER.....	235
Alessandra Cristina Rossdeutscher Bialkowski, Ricardo Emilio Zart	

## **CAPÍTULO 09**

DA EFICÁCIA DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS LAVRADOS EM DECORRÊNCIA DO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006.....	269
Alexandre Röhrig, Ricardo Emílio Zart	

## **CAPÍTULO 10**

DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA CONTROVÉRSIA CONSOLIDADA NO TEMA REPETITIVO Nº 1.121 DO STJ.....	303
José Victor Faccin Maurina, Ricardo Emílio Zart	

## **CAPÍTULO 11**

A (IN)ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA CARTA PSICOGRAFADA COMO PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO .....	331
Kellen Amanda Oliveira, Ricardo Emílio Zart	

## **CAPÍTULO 12**

O SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA E A PRECARIIDADE DE CUMPRIMENTO DO REGIME SEMIABERTO.....	365
Tiago Padilha Arpini, Everson Alves da Silva	

## **CAPÍTULO 13**

OS REFLEXOS DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: uma análise voltada aos crimes sexuais .....	399
Wesley Felipe Hentz, Everson Alves da Silva	

POSFÁCIO .....	439
----------------	-----



**PARTE I**  
**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO**  
**DO DIREITO E NOVOS**  
**OLHARES**





# Capítulo 1

## A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vanessa Justimiano  
Nilson Feliciano Araújo

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo possui como tema a (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro como garantia dos direitos fundamentais. A pesquisa tem como contexto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, CRFB/88, (Brasil, 1988), bem como os casos com repercussão nacional pleiteados nos Tribunais Superiores.

O direito ao esquecimento não possui previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que tal direito entrou em discussão no sistema jurídico a partir da jurisprudência. Existem duas principais correntes sobre o tema no país: os que o defendem e os contrários. Os adeptos da corrente, o argumento é no sentido de que esse direito seria um desdobramento dos direitos constitucionais de respeito à vida privada, à honra e até mesmo à própria dignidade humana. Por outro lado, aqueles que são contrários, declaram que a existência de tal direito caracterizaria uma agressão à liberdade de imprensa e de expressão em geral, uma perda de história e a memória do país. Nesse sentido questiona-se, como poderia

ser garantido de maneira mais efetiva os direitos fundamentais no Brasil, quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do direito ao esquecimento?

O principal objetivo desta pesquisa é analisar a (in)aplicabilidade do direito ao esquecimento no Brasil como garantia dos direitos fundamentais, sob a ótica dos julgamentos dos Tribunais Superiores e, dentre os objetivos específicos estão: explicar o direito ao esquecimento no Brasil após a CRFB/88 e sua caracterização como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro; analisar as tentativas da positivação e o conseqüente fortalecimento do direito ao esquecimento no Brasil; analisar as principais decisões sobre o tema nos Tribunais Superiores; analisar o conflito entre os direitos fundamentais nos casos que envolvem o direito ao esquecimento e qual o melhor método de resolução; e por fim constatar a necessidade de criação legislativa sobre o tema, dentre outros.

Sendo assim, diante da relevância do tema na sociedade hodierna e a ausência de consenso, ocasionando uma lacuna jurídica no direito brasileiro, notou-se a viabilidade de elaborar um artigo com ênfase no estudo sobre a constitucionalidade do direito ao esquecimento, sua aplicabilidade nos Tribunais Superiores e a necessidade ou não de provocação da atividade legiferante sobre o tema. E por fim, ressalta-se a motivação pessoal da autora em estudar e escrever sobre a temática, a fim de colaborar com a matéria e ao final conceber conclusões plausíveis.

Desta forma, o presente artigo está estruturado da seguinte forma: seguindo desta seção serão apresentados os principais aspectos teóricos sobre o direito ao esquecimento, bem como as contraposições doutrinárias, de maneira a viabilizar a reflexão e discussão sobre o tema.

Em seguida, será retratado o surgimento da discussão sobre o direito ao esquecimento no mundo, a partir da exposição de dois casos emblemáticos ocorridos no âmbito do direito norte-americano e europeu.

Após, o debate sobre o instituto será demonstrado na realidade brasileira, a partir da apresentação dos primeiros casos sobre o instituto



no Brasil e a evolução e fortalecimento do tema no país em decorrência do Enunciado 531º da VI Jornada de Direito Civil.

Avançando, será apresentado o projeto de lei 8.443/2017, promovido pelo PSDB/SP, o qual tem a pretensão de normatizar o direito ao esquecimento no Brasil, bem como modificar os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, bem como, o PL 4.306/2020 apresentado pela deputada do PSB/BA Lídice da Mata, que altera a Lei 13.431/2017, que versa sobre a escuta protegida para crianças e adolescentes.

Prosseguindo, será realizada a análise de casos emblemáticos que envolvem o direito ao esquecimento na perspectiva civil, os quais foram julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

No último capítulo, serão verificados os conflitos entre os direitos fundamentais existentes no bojo da discussão sobre o direito ao esquecimento, e será apresentada a técnica jurídica da ponderação como melhor método que solucione tal conflito e resulte no menor prejuízo aos envolvidos.

Por fim, a partir da análise das decisões dos Tribunais Superiores sobre o tema e dos conflitos dos direitos fundamentais, verificar-se-á a necessidade normatização do direito ao esquecimento no Brasil, já que, atualmente, que a melhor resolução para a temática ainda é a análise do caso concreto, aplicando-se a técnica jurídica da ponderação, observando no caso quem sofrerá menor prejuízo, o indivíduo ou a memória coletiva.

## **2 O SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO E SEU DESDOBRAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO**

Nesta seção, serão abordados os principais aspectos teóricos sobre o direito ao esquecimento, seu surgimento no mundo e no Brasil,

seu desdobramento na legislação e nos Tribunais Superiores, e suas contraposições doutrinárias, de maneira a viabilizar a reflexão e discussão sobre o tema. A vista disso, mostra-se de suma importância, uma vez que é imprescindível definir os conceitos, as correntes doutrinárias e os precedentes, para assim, ser possível criar hipóteses e resoluções à temática.

## 2.1 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Muitos doutrinadores ao longo da história do direito vêm tentando construir o conceito de princípios fundamentais, haja vista que não é uma tarefa fácil. No presente artigo, será abordado o conceito diante da ótica dos principais doutrinadores do direito constitucional. Porém, evidencia-se que a sua conceituação está em constante complementação devido a sua natureza variada.

Para Gomes Canotilho (2001), os princípios fundamentais são divididos em duas categorias: os princípios jurídico-constitucionais e os princípios político-constitucionais. Os primeiros são informadores da ordem jurídica constitucional. Pode-se citar como exemplos o princípio da legalidade, o princípio da supremacia da constituição, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, o princípio do contraditório, entre outros. Já os segundos são um conjunto de decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, citam-se como exemplos, o princípio da separação de poderes, a indissolubilidade do vínculo federativo, o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana (Canotilho, 2001, p. 121).

Já o doutrinador Miguel Reale (1998), em seu livro *Lições Preliminares de Direito*, conceitua que os princípios fundamentais são verdades absolutas admitidas em um sistema de conhecimento, os quais

são evidentemente comprovados ou são admitidos pela própria relevância prática ou de pesquisa (Reale, 1998, p. 285).

Os princípios fundamentais constitucionais devem ser observados quanto à criação da norma, na sua interpretação e na sua aplicação, sendo que a violação de um princípio é mais gravosa do que a violação de uma regra, tendo em vista que ofende não só um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema (Ávila, 2004, p. 72).

Na Constituição Federal de 1988, os princípios fundamentais estão dispostos no Título I, o qual é composto por quatro artigos. Cada um desses dispositivos apresenta um tipo de princípio fundamental. O art. 1º trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil (RFB); o art. 2º, do princípio da separação de Poderes; o art. 3º, dos objetivos fundamentais; e o art. 4º, dos princípios da República Federativa do Brasil nas relações internacionais (BRASIL, 1988, s/n).

## 2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são aqueles essenciais ao ser humano, havendo certa confusão entre eles e os direitos humanos. Importa saber que direitos fundamentais estão positivados no ordenamento constitucional de uma nação. Já os direitos humanos estão além das fronteiras, supranacionais, independentemente de posituação constitucional (Figueiredo, 2019, s/n).

Existem três principais correntes jusfilosóficas que dão interpretação aos direitos fundamentais, sendo elas: a dos jusnaturalistas, que é a mais conhecida, classificando tais direitos como anteriores a qualquer legislação, e que são direitos que nascem de características inatas da humanidade, sendo comuns a todos os homens, independente do espaço ou tempo. Os juspositivistas, que defendem tais direitos

como frutos da legislação humana, e por fim os realistas jurídicos, que acreditam que os direitos fundamentais são aqueles conquistados pelas sociedades ao longo da história, não tendo uma origem fixa, nem dependendo somente da vontade jurídica (Reale, 1988, p. 247)

Segundo o jurista Norberto Bobbio, os direitos fundamentais decorrem de árduas lutas entre os detentores de velhos privilégios e os defensores de novas liberdades. Portanto, em determinado tempo o que é fundamental em uma sociedade não é igual para outros povos em épocas diferentes, caracterizando sua natureza histórica (Bobbio, 2000, p. 36).

A Constituição de 1988 (Brasil, 1988), em seu Título II dispõe sobre os direitos fundamentais como gênero, o qual é subdividido em algumas espécies, veja-se: direitos e deveres individuais e coletivos: são aqueles destinados à proteção não só dos indivíduos, mas também dos diferentes grupos sociais; direitos sociais: têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, objetivando a concretização da igualdade social; direito de nacionalidade: apresenta-se como direito básico que capacitará o indivíduo a exigir proteção do Estado e o sujeitará ao cumprimento de alguns deveres; direitos políticos: são os que conferem ao indivíduo os atributos da cidadania e permitem que ele exerça, de forma livre e consciente, os mais diversos atos que compõem seu direito de participação nos negócios políticos do Estado; e o direito dos partidos políticos: organização do instrumento necessário para concretizar o sistema representativo (Mello, 2015).

## 2.3 O SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento surgiu no século XX, no qual foi reconhecido como consequência do direito à privacidade no âmbito do

judiciário internacional, e existiram alguns casos significativos que foram responsáveis por colocá-lo em discussão e iniciar sua consagração.

Em 1931 o Tribunal de Apelação da Califórnia, nos Estados Unidos, julgou o caso conhecido como “Melvin vs. Reid”, no qual a apelante Gabrielle Darley (EUA, 1931) foi no passado uma prostituta acusada de homicídio cometido no ano de 1918, mas inocentada. Após tal fato, Gabrielle deixou a prostituição e constituiu família, restabelecendo seu prestígio social. Ocorre que, em 1925 a produtora de cinema, Doroty Davenport Reid, utilizou a história da apelante para produzir um filme, “Red Melvin”, que em tradução livre significa Melvin vermelha, no qual contava em detalhes a história de Gabrielle, reforçando seu passado, causando-lhe danos de ordem moral (Konder; Moraes, 2012).

O marido de Gabrielle, Bernard Melvin, ajuizou uma ação por violação à vida privada de Gabrielle contra a produtora de cinema, na qual obteve a procedência dos pedidos pela Corte Californiana, com fundamento na ideia de que o direito à privacidade no caso concreto era um direito fundamental disposto na constituição do estado estadunidense. Ademais, na referida decisão foi reconhecido que fatos do passado não poderiam voltar à tona para importunar a vida do indivíduo (Konder; Moraes, 2012).

Já na Europa, mais especificamente na Alemanha, o Tribunal Constitucional Alemão enfrentou a matéria no caso “Lebach”, o qual versa sobre o assassinato de quatro soldados alemães e lesões corporais gravíssimas sofridas por outro soldado, fato ocorrido em 1969 na cidade de Lebach na Alemanha. O latrocínio envolveu o roubo de armas e munições pertencentes ao exército alemão que encontrava-se em um depósito protegido por estes cinco soldados. Foram acusados três homens por serem os responsáveis pelo crime, ao serem julgados, um ano depois do fato, dois acusados foram condenados à prisão perpétua e o terceiro condenado a seis anos de prisão (Konder; Moraes, 2012).

Passados quatro anos do fato, a emissora de televisão alemã ZDF (Zweites Deutsches Fernsehsehen), que em tradução livre significa Segunda Televisão Alemã, produziu um documentário revelando detalhes da ação dos condenados, bem como exibiu seus nomes e a existência de relações homossexuais entre eles. (Konder; Moraes, 2012).

O que agravou mais a situação é que o documentário seria exibido dias antes da soltura do réu que foi condenado a seis anos de reclusão. Este, por sua vez, ajuizou uma ação no Tribunal Alemão e requereu medida liminar que proibisse a transmissão do documentário na televisão, alegando que tal exibição dificultaria sua ressocialização na sociedade, e afrontaria seu direito de personalidade. Entretanto, o Tribunal Estadual de Mainz julgou improcedente o pedido do réu, com o fundamento de que o fato o tornou uma pessoa pública e uma figura da história da Alemanha, sendo que a transmissão do documentário tinha interesse público que prevalecia sobre a pretensão de ressocialização. (Martins, 2014).

Em sede recursal, o réu ingressou com uma reclamação constitucional perante o Tribunal Constitucional Alemão, a qual foi provida. O Tribunal fundamentou que existe um controle temporal de dados, o que significa que se o documentário fosse transmitido à época do fato delituoso não haveria problemas, porém, como seria transmitido quatro anos após o fato e pouco tempo antes da soltura do réu, dificultaria a sua ressocialização. (Martins, 2014).

A União Europeia realizou estudos visando rever o tratamento legal da proteção de dados, e em maio de 2009 a Comissão Europeia organizou uma conferência que versou sobre o uso de dados pessoais e sua proteção, bem como discutiu os novos desafios para a privacidade. Em 25 de janeiro de 2012, o Conselho e o Parlamento europeu propuseram a codificação do direito ao esquecimento em uma Diretiva e um Regulamento nomeado como COM/2012/010 (Lima, 2013).

Ao longo da história ocorreram outros casos emblemáticos em diversos países que contribuíram com a discussão do direito ao esquecimento, porém, o presente trabalho dará atenção especial ao direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.3.1 O direito ao esquecimento no Brasil

Como mencionado anteriormente, o direito ao esquecimento já vem sendo discutido há quase um século ao redor do mundo, entretanto, no Brasil, o referido direito entrou em discussão há poucas décadas, principalmente arguido na esfera penalista, a qual busca a concretização de um direito que não permita a mídia explorar os crimes cometidos por ex-detentos, visando não prejudicar sua ressocialização. (Pereira, 2014).

Nacionalmente, existiram alguns casos na história, mais especificamente na década de 1990, na qual surgiram discussões sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, ao compasso em que era pleiteado nos tribunais com o ajuizamento de alguns processos.

Um dos primeiros casos em que tratou sobre o tema judicialmente, foi o assassinato de uma *socialite* na década de 1970. Em dezembro de 1976 Raul Fernando do Amaral Street, conhecido por Doca, assassinou sua companheira Ângela Diniz. Ao ser levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, Doca foi absolvido fundamentando que sua ação foi legítima defesa da honra. Entretanto, devido a repercussão do caso, houve uma imensa campanha feminista e com o apoio da mídia, o processo foi revisto e Doca foi condenado a 15 anos de reclusão (Aguiar, 2006).

Anos depois, em 2003 a emissora Rede Globo de Televisão exibiu em canal aberto uma reportagem, no programa Linha Direta, na qual relatava detalhes sobre o caso. Devido a exibição, Doca ajuizou uma

ação alegando o cumprimento da pena e o direito ao esquecimento, requereu R\$ 250.000,00 (duzentas e cinquenta mil reais) decorrentes dos danos morais que sofreu e também uma medida liminar proibindo novas exibições da reportagem. Em primeira instância o juízo concedeu a liminar com o fundamento de que houve abuso na produção e divulgação do programa. Entretanto, a emissora recorreu da referida decisão, e em segunda instância a decisão foi reformada autorizando a divulgação da reportagem. Na mesma decisão, a 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença de primeiro grau também no concerne aos danos morais, na qual fundamentou que a liberdade de expressão da emissora deveria ser garantida, bem como, que o programa se limitou a contar a história de acordo com as provas documentais da época, julgando improcedente a ação (Aguiar, 2006).

Outro caso relevante a ser mencionado, foi o da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, mais conhecida como Xuxa, contra o site de buscas Google Brasil. No ano de 2010, a apresentadora ajuizou ação com medida liminar visando compelir que o provedor Google removesse do seu site os resultados relativos à busca pela expressão “xuxa pedófila” ou qualquer outra expressão que vinculasse seu nome a uma prática criminosa qualquer, tendo sido deferido o pleito liminar requerido. (Lima, 2013).

Inconformado, o provedor Google interpôs Recurso Especial n. 1.316.921-RJ no Superior Tribunal de Justiça, o qual a 3ª Turma do Tribunal, votou por unanimidade a favor do provimento do recurso, com o fundamento de que é incabível impor aos provedores de pesquisa qualquer restrição nos resultados das buscas realizadas pelos seus sistemas, sob pena de afronta ao direito constitucional de informação. (Lima, 2013).

Em uma alegada contradição, obscuridade ou omissão, a apresentadora Xuxa interpôs Embargos de Declaração contra o acórdão



supramencionado, o qual foi conhecido, porém, desprovido de mérito por unanimidade pelos Ministros da 3ª Turma. Ainda, irresignada, Xuxa interpôs Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal com pedido de medida cautelar, a qual em decisão monocrática pelo Ministro Relator Celso de Mello foi negado seguimento, restando prejudicado o exame do pedido liminar. Posteriormente a apresentadora interpôs Agravo Regimental contra a decisão monocrática do Ministro Relator, no qual a Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. (Brasil, 2015).

Como marco doutrinário de tal direito na esfera acadêmica brasileira, cita-se o ano de 2012, no qual dois doutrinadores que estudaram sobre o tema, Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder, apresentaram seus estudos sobre o direito ao esquecimento no livro “Dilema de Direito Civil-Constitucional: casos e decisões”, no qual questionaram a possibilidade de limitar a imprensa na divulgação de dados verdadeiros do passado das pessoas, para evitar mais retaliação. Entretanto, a difícil tarefa ainda é referente ao controle temporal de dados mencionados no título anterior na decisão do Tribunal Constitucional Alemão, questionando se a pessoa deve ser cobrada a qualquer tempo por atos cometidos em certa ocasião (Konder; Moraes, 2012).

Conforme discorrido, existiram inúmeras discussões no mundo e no Brasil sobre o assunto, tanto pela doutrina penalista quanto pela civilista. Para clarear tal discussão, surgiu um importante marco para o direito ao esquecimento no Brasil, o qual ocorreu na VI Jornada de Direito Civil no ano de 2013, mais especificamente na publicação do marcante Enunciado 531, que positivou pela primeira vez, mesmo infraconstitucionalmente, o direito ao esquecimento no Brasil.

## 2.4 O ENUNCIADO 531º DA VI JORNADA DE DIREITO CIVIL

O marco legal importante para o Direito ao Esquecimento sendo reconhecido na legislação infraconstitucional no Brasil, se deu após a aprovação do enunciado 531º da VI Jornada de Direito Civil em março 2013, o qual dispõe que: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. O referido enunciado foi publicado pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho de Justiça, e a fundamentação é a seguinte:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados (Brasil, 2013).

Tal enunciado foi preconizado com base no artigo 11 da Lei 10.406/2002, que expressa: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, sendo assim, o direito ao esquecimento estaria intrínseco no direito da personalidade, sendo um direito intransmissível e irrenunciável. (Brasil, 2002).

Apesar do enunciado, este no âmbito jurídico brasileiro não possui poder de lei e nem força vinculante, é uma orientação doutrinária, pois, fora aprovado e entendido por grande parte dos civilistas brasileiros a partir da hermenêutica do Código Civil. O enunciado serve para divulgar a orientação de determinados temas que não possuem legislação que os expresse, objetivando criar diretrizes mais certas e concretas para

temas controvertidos. A aplicação dos enunciados não é obrigatória, comportando-se como uma orientação, uma convenção.

Diante disso, por mais que o Enunciado 531º da VI Jornada de Direito Civil tenha auxiliado no fortalecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, este não foi suficiente para sanar sua discussão, pois, muitos Tribunais não optaram pela aplicação do Enunciado, refutando a existência de tal direito. Além disso, após a publicação do Enunciado supracitado, surgiram outras decisões dos Tribunais sobre o tema, das quais, a que mais gerou impacto no debate foi o Tema 786 do Supremo Tribunal Federal, que será discutido em momento oportuno no presente artigo.

## 2.5 O MARCO REGULATÓRIO CIVIL DA INTERNET BRASILEIRA

Em abril de 2014, o Brasil sancionou a Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, visando definir os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, sendo esta lei apontada como referência mundial para a legislação que vem tratar da rede mundial de computadores (Brasil, 2014, s/n).

Esta lei não cita expressamente o termo direito ao esquecimento, porém, é notório que seus legisladores tiveram influência do referido instituto ao elaborá-la, uma vez que, em diversos artigos encontra-se implícito. A doutrinadora Zilda Mara Consalter em seu livro “Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual” defende que o disposto no artigo 19, § 3º da Lei 12.965/2014 também seria uma forma de aplicação do direito ao esquecimento (Consalter, 2017).

O supracitado parágrafo dispõe que mediante ordem judicial específica, os juizados especiais podem compelir que os provedores de

aplicações internet realizem a indisponibilização dos conteúdos que envolvam dados dos indivíduos. (Brasil, 2014).

Mostra-se evidente que este ato de indisponibilizar o conteúdo indica a intervenção da perspectiva do direito do esquecimento na proeminência da norma. (Consalter, 2017).

Neste momento, é importante ressaltar que o Marco Civil da Internet em seu artigo 15 prevê o conceito de provedor de aplicação de internet, sendo a pessoa jurídica fornecedora de serviços que exerça atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos, a qual possibilita o acesso de seus consumidores à internet. (Brasil, 2014, s/n).

Mais adiante, a Lei 12.965/2014 em complementação ao artigo 19, §3º anteriormente mencionado, em seu artigo 21, mais uma vez, implícita o instituto do direito ao esquecimento, veja-se:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo (Brasil, 2014).

Na hermenêutica do dispositivo supramencionado, verifica-se que o provedor de internet, como por exemplo o Google Brasil e Mozilla Firefox, entre outros, só serão responsabilizados de forma subsidiária pela violação da intimidade em caso de o participante da divulgação, após notificado, deixar de promover a indisponibilização do conteúdo.

Apesar da Lei 12.965/2014 ser um grande marco regulatório da proteção de dados do indivíduo na era digital, bem como dispor sobre deveres aos provedores de aplicação de internet, percebe-se pela reza leitura dos supracitados artigos que esta ainda deixou lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. Cita-se, por exemplo, no campo da reparação civil, pois, em caso de o participante da divulgação ser notificado e indisponibilizar o conteúdo que violou a intimidade do indivíduo, não haverá responsabilização, deixando o titular dos dados desamparado, apesar dos seus dados terem sido divulgados ilicitamente. (Consalter, 2017).

## 2.6 AS TENTATIVAS DE NORMATIZAR O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Ao passo que o direito ao esquecimento foi pleiteado recorrentemente no Poder Judiciário Brasileiro, foram apresentados diversos projetos de lei, que em sua integralidade ou em alguns dos artigos, versavam sobre o direito ao esquecimento.

Em 31 de agosto de 2017, o ex-deputado federal Luiz Lauro Filho do PSDB/SP apresentou o Projeto de Lei (PL) 8.443/2017 que em sua ementa “Estabelece o Direito ao Esquecimento e modifica os artigos 7º e 19 da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet. O projeto de lei traz em seu artigo 2º que: “Todo cidadão tem o direito de requerer a retirada de dados pessoais que sejam considerados indevidos ou prejudiciais à sua imagem, honra e nome, de qualquer veículo de comunicação de massa”. (Brasil, 2017).

O deputado federal promovente do PL supracitado, justificou que o direito ao esquecimento é de suma importância, ainda mais, com a evolução das mídias sociais. Ainda, apresenta que o referido direito

possui precedentes no direito internacional e brasileiro, encontrando-se implícito na CRFB/88 e no artigo 11 do Código Civil, e relata que a ausência de uma lei que regulamente o direito aqui abordada, causa insegurança jurídica. (Brasil, 2017).

O PL 8.443/2017 possui 9 artigos e traz soluções judiciais e extrajudiciais quando existirem conflitos sobre o direito ao esquecimento, como por exemplo, na seara extrajudicial apresenta que o indivíduo que tem seu direito violado poderia pleitear diretamente ao veículo que publicou a notícia indisponibilizar o conteúdo no prazo de 48 horas, sob pena de responsabilização. Já na seara judicial, o direito ao esquecimento poderia ser pleiteado judicialmente nos casos em que houver recusa do meio de comunicação em retirar o conteúdo quanto tratar-se de figura pública. O referido projeto de lei foi arquivado. (Brasil, 2017).

Outro Projeto de Lei relevante a ser mencionado é o PL 4.306/2020, proposto pela Deputada Federal Lídice da Mata do PSB/BA que possui como ementa:

Altera a Lei 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, para prever o direito da criança ou adolescente de pleitear a exclusão de informações pessoais de sites de pesquisa ou de notícias que possam causar-lhe constrangimentos ou danos psicológicos e dá outras providências (BRASIL, 2020, s/n).

A Lei 13.431, que menciona a ementa do PL 4.306/2020, versa sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência escuta protegida, e o PL traz em seu artigo 6º que em casos de a criança ou adolescente vítima de violência que tenha seus dados divulgados, por qualquer meio de comunicação, tem o direito de pleitear na Justiça, por meio de seus representantes, a retirada

de informações pessoais de sites de pesquisa ou de notícias que possam causar-lhe constrangimentos ou danos psicológicos. No momento o referido projeto de lei encontra-se pronto para entrar na pauta de votações no Plenário da Câmara dos Deputados. (Brasil, 2020).

Sendo assim, não há, hodiernamente, nenhuma lei vigente no Brasil que regulamenta o direito ao esquecimento em nenhuma esfera, seja ela judicial ou extrajudicial, ou ainda aplicada às crianças e adolescentes ou a qualquer grupo social.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente projeto foi desenvolvido de forma qualitativa, com o objetivo exploratório, de forma que reuniu conhecimento e incorporou características inéditas, além de que buscou novas perspectivas sobre a temática (Beuren, 2014). Com relação aos procedimentos, foi realizado o estudo de casos, de maneira a aprofundar a compreensão em determinados acontecimentos, por meio da pesquisa bibliográfica.

Para conseguir alcançar o resultado esperado, foi consultado fontes como livros, doutrinas, leis, teses, dissertações, jurisprudências, resumos, reportagens e revistas que colaboraram com o assunto. Também foram apresentadas as contradições teóricas e práticas na aplicação o; u não do direito ao esquecimento sob a perspectiva dos direitos fundamentais vigentes, buscando verificar o que garante os direitos fundamentais de maneira mais ampla no Brasil.

Por fim, foi constatada a necessidade de criação legislativa sobre o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, e sugerido que a melhor resolução no contexto atual é a aplicação da técnica jurídica da ponderação para solucionar os casos concretos.

## 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou por diversas vezes a temática do direito ao esquecimento, podendo citar-se como exemplo o já mencionado caso Xuxa Meneghel versus Google Brasil, por mais que o tema foi abordado de forma indireta. De maneira explícita, discutiu o tema no caso de extrema relevância da Jovem Aída Curi, o qual será explorado no próximo tópico, mas adianta-se que em sede do STJ não foi reconhecida a aplicação do direito ao esquecimento.

A próxima decisão a ser citada é a proferida no Recurso Especial nº 1.660.168-RJ (Brasil, 2012), no qual a recorrente pleiteava a desindexação de seu nome vinculado a fraude em concurso público, nas aplicações de busca na internet, no qual havia reprovado. O STJ entendeu que há circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo entre os dados da recorrente e os resultados dos sites de busca, pois, a informação da fraude no concurso público não tinha relevância para interesse público, seja pelo conteúdo privado, seja pelo decurso do tempo, e, portanto, não deveria mais ser acessada. (Brasil, 2018).

Desta forma, o Tribunal não observou a jurisprudência da própria corte que até então não havia reconhecido o direito ao esquecimento, nos casos supracitados. O STJ destacou no REsp nº 1.660.168-RJ (Brasil, 2012), que a essência do direito ao esquecimento foi aplicada na decisão, pois, ao reconhecê-lo no caso, não estavam apagando o passado, mas sim, concedendo certo anonimato à recorrente, evitando que o fato da fraude no concurso público, não seja frequentemente lembrado e eternizado nos sites de busca. (Brasil, 2018).



## 4.1 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal também enfrentou o tema do direito ao esquecimento em muitos casos, inclusive, nos casos citados no tópico anterior, quais sejam: caso Xuxa Meneghel versus Google Brasil anteriormente citado, e no caso que possui grande relevância para o tema, da jovem Aída Curi. O caso Xuxa Meneghel versus Google Brasil já foi examinado no presente artigo no tópico ‘2.3.1’, no qual foi decidido pela improcedência do pedido da apresentadora de ser esquecida.

O Caso Aída Curi foi apreciado pela Corte Suprema, por meio do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 1.010.606 no mês de fevereiro de 2021, o referido recurso foi interposto em face de acórdão por meio do qual a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento à apelação da sentença que julgou improcedente a ação.

No referido caso, a jovem Aída foi vítima de homicídio no ano de 1958, e a Rede Globo, ré na ação, exibiu no programa Linha Direta (2004) - Justiça a vida, a morte da jovem. Os irmãos da vítima ingressaram com uma ação contra a emissora, invocando a proclamação do seu direito ao esquecimento, pois não queriam reviver a dor suportada pela morte da irmã, visto que não consentiram com a veiculação do seu nome e imagem, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. (Brasília, 2021).

O STF, por maioria dos votos, negou provimento ao RE nº 1.010.606, e firmou a tese de repercussão geral 786:

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e licitamente obtidos e publicados

em meios de comunicação social analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais – especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral – e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (STF - RE: 1010606 RJ, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/02/2021, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 20/05/2021).

Deste modo, firmando a supracitada tese de repercussão geral, o STF estabeleceu que a CRFB/88 é contrária à ideia de um direito ao esquecimento, entretanto, fez ressalvas no sentido de que deve ser analisado nos casos concretos a divulgação de fatos com eventuais abusos no exercício da liberdade de expressão, levando-se em consideração a proteção à honra, à imagem e a vida privada. (Brasília, 2021).

Contextualizando, a tese de repercussão geral é um instituto processual reservado ao STF, e se consagra no julgamento de casos apresentados em recursos extraordinários que contém questões relevantes sob o aspecto político, econômico, social ou jurídico e que ultrapassam os interesses subjetivos da causa. É regulamentado pelos Arts. 322 a 329 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e pelos Arts. 1.035 a 1.041 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015).

Consequentemente, a partir da tese 786 proclamada pelo STF, percebe-se que os demais Tribunais no decorrer dos anos, na maioria de suas decisões, julgaram neste mesmo sentido, negando seguimento do direito ao esquecimento, utilizando a tese como fundamento da decisão. A referida tese fixou a regra geral de que a liberdade de expressão para fatos lícitos obtidos e divulgados licitamente prevalecem sobre o direito à honra e a vida privada. Entretanto, existem ressalvas como na análise do caso concreto a fim de evitar excessos ou abusos, no qual, se verificadas

estas situações, dentre outros critérios, é imprescindível analisar a relevância pública e social da informação (Brasília, 2021).

No REsp nº 1.660.168-RJ (Brasil, 2012) conforme mencionado no capítulo anterior, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento, que recapitulando, a recorrente pleiteava a desindexação de seu nome vinculado a fraude em concurso público, nas aplicações de busca na internet, no qual havia reprovado (Brasil, 2018).

Com a fixação da tese de repercussão geral 786 do STF, os provedores de internet tentaram reverter a decisão e fazer prevalecer o entendimento do STF contrário ao esquecimento, interpondo recursos extraordinários (RE) para o STF. Uma das principais alegações foi justamente a contrariedade com a decisão proferida no RE 1.010.606/RJ, que culminou na mencionada tese 786 da repercussão geral (Sá; Naves, 2021).

Verificando uma possível divergência, a Presidência do STJ, determinou que a Terceira Turma reapreciasse a decisão anterior, para eventual juízo de retratação, de acordo com a regra do artigo 1.040, II, do Código de Processo Civil. Em junho de 2022, a Terceira Turma do STJ, reanalisou a decisão de 2018 e manteve o entendimento anterior, com o argumento de que mesmo diante da existência de tese do STF com repercussão geral afastando o esquecimento, entende inexistir afronta àquela tese, pois não determinara a exclusão das notícias, mas apenas a desvinculação do nome da autora da matéria sobre a suposta fraude no concurso público (Sá; Naves, 2021).

Ressalta-se que, na tese 786 do STF o que ficou proibido foi a divulgação de fatos verídicos publicados em meios de comunicação em razão da passagem do tempo (Brasil, 2021), deixando aberta a análise de outras situações nos casos concretos, em especial para proteção da imagem, privacidade e personalidade, que foi o que fez o STJ no acórdão comentado (Sá; Naves, 2021).

## 4.2 A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O MÉTODO DA PONDERAÇÃO

Conforme verificou-se no presente artigo, a aplicação do direito ao esquecimento como decorrência da proteção dos direitos da personalidade na tentativa do indivíduo não reviver fatos pretéritos, confronta-se com a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, que envolve o interesse público representado pelo direito à memória coletiva, os quais ambos possuem status constitucional e a mesma importância para o ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, em uma tentativa de resolver tal colisão, verificou-se a imprescindibilidade da análise do caso concreto, e para realizá-la nota-se que o melhor método adotado por grande parte dos doutrinadores constitucionalistas é a ponderação.

A ponderação é uma técnica jurídica de solução de conflitos normativos, os quais não se resolvem pelas técnicas tradicionais de hermenêutica, especialmente quando em um caso concreto surge a possibilidade de se aplicar normas de mesma hierarquia que ensejam decisões distintas. Portanto, diante de casos que envolvem de um lado o direito ao esquecimento e de outro a liberdade de expressão, deve haver uma ponderação de interesses, a fim de que se decida qual deles deve prevalecer (Ramos Filho, 2014).

Em seu livro *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo* (2013), o Ministro Luís Roberto Barroso divide o processo da ponderação em três etapas. A primeira estabelece que compete ao intérprete identificar no ordenamento jurídico as normas que mais se adequem para resolver o caso concreto, devendo também apontar eventuais colisões entre elas. A segunda etapa, se presta a estudar a concretude dos fatos no caso e seu diálogo com os elementos normativos, pois notar o reflexo das normas

sobre os fatos seria crucial para que se possa mensurar a função e a dimensão de cada uma. Na terceira etapa, discute-se a decisão, sendo que os grupos de normas são analisados juntamente à repercussão dos fatos para decidir-se então qual daqueles deve prevalecer no caso, após realizar essa tarefa cabe graduar a sua intensidade, sendo este método baseado no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade (Barroso, 2013).

Nas jurisprudências dos tribunais verifica-se a aplicação da técnica da ponderação, como por exemplo, no caso emblemático da Chacina da Candelária, no qual envolveu Jurandir Gomes de França e a Rede Globo, o autor ingressou com ação de reparação de danos morais em face da Rede Globo, por ter tido seu nome apontado como um dos envolvidos na chacina no programa Linha Direta, 13 anos depois do ocorrido e contra a sua vontade. O programa mencionou sua absolvição, que inclusive é confirmada pelo autor na inicial, porém, afirmou que a transmissão do programa causou-lhe graves prejuízos e por isso invocou o direito ao esquecimento. No REsp nº 1.334.097-RJ, o direito ao esquecimento pleiteado pelo autor da ação foi acolhido em face da liberdade de imprensa, fazendo valer o respeito a sua dignidade (Brasil, 2013).

No já mencionado caso Aída Curi, também foi aplicada a técnica da ponderação, no julgamento do REsp nº 1.335.153, no qual, em um sopesar de direitos, a liberdade de imprensa prevaleceu sobre a aplicação do direito ao esquecimento em favor da família de Aída Curi (Brasil, 2021).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos estudos realizados acerca do direito ao esquecimento no Brasil, nota-se que é preciso que sua discussão se mantenha sempre atualizada, haja vista o contexto tecnológico que está inserido, marcado por constantes mudanças em um curto espaço de tempo.

Verifica-se que, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do REsp nº 1.010.606/RJ em que foi estabelecido o tema de repercussão geral 786, que dispõe sobre a incompatibilidade do direito ao esquecimento com a Constituição Federal de 1988, gerou certa pacificação sobre o tema, sendo que a partir de então, grande parte do Tribunais não reconhecem o referido direito, e invocam o tema 786 como fundamento. Entretanto, conforme demonstrado, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo com o estabelecimento do tema 786, julgou pelo reconhecimento do direito ao esquecimento no REsp 1.660.168/RJ (Brasil, 2012), fundamentando que não houve afronta à tese do STF.

Os países europeus e norte-americanos há anos constataram a necessidade de proteger os dados pessoais e conseqüentemente o direito ao esquecimento em meio aos constantes avanços tecnológicos, sobretudo com relação à internet e seus efeitos na privacidade dos indivíduos. Posto isto, é fundamental que o Brasil siga os mesmos rumos, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana de possíveis abusos, sendo necessário que sejam aprovados os projetos de leis que estão em tramitação, ou ainda, que sejam realizados novos projetos de leis que regulamentem o direito ao esquecimento no âmbito judicial e extrajudicial, o qual contenha parâmetros que também assegurem a liberdade de imprensa e a memória coletiva.

Por fim, verifica-se que a melhor resolução para a temática, atualmente, é a análise do caso concreto, aplicando-se a técnica jurídica da ponderação sob a ótica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observando no caso concreto quem sofrerá menor prejuízo, se será o indivíduo tendo seus dados pretéritos trazidos à tona novamente, interferindo nos novos rumos de sua vida ou a liberdade de imprensa que sofrerá com o direito de informação e a memória coletiva.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. TJ do Rio livra TV Globo de indenizar Doca Street. Consultor Jurídico, São Paulo, 8 fev. 2006. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2006-fev-08/tj\\_rio\\_livra\\_tv\\_globo\\_indenizar\\_doca\\_street](https://www.conjur.com.br/2006-fev-08/tj_rio_livra_tv_globo_indenizar_doca_street). Acesso em: 15 out. 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria Geral dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª Ed. Malheiros Editores Ltda, São Paulo – 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEUREN, Ilse Maria (Org.). Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições da política. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 15 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 4306/2020, de 21 de agosto de 2020. Autor: Lídice da Mata. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 21 ago. 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1925285](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1925285). Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 8443/2017, de 31 de agosto de 2017. Autor: Luiz Lauro Filho. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 31 ago. 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2149979>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. **Conselho da Justiça Federal**, Brasília, 11-12 mar. 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 15 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 12965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 abr. 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 01 nov. 2023.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097- RJ**. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 mai. 2013. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num\\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF). Acesso em: 02. nov. 2023.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ**. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, 28 mai. 2013. **Lex**: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num\\_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1237428&num_registro=201100574280&data=20130910&formato=PDF). Acesso em: 02 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.316.921- RJ**. Relator: Min. Nancy Andrighi, Brasília, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=28224920&tipo=51&nreg=20>. Acesso em: 22 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.660.168- RJ**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1745050&tipo=0&nreg=201402917771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20181219&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1.010.606/RJ**. Roberto Algranti e outros versus Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 06 jun. 2023.

CANOTILHO, J. J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, Coimbra: Coimbra Editora, 1982 [2a ed., 2001].

CASTRO, Carem Barbosa de. **Teoria geral dos princípios**. 2012. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-104/teoria-geral-dos-principios/#:~:text=O%20QUE%20S%C3%83O%20PRINC%C3%8DPIOS%3Fdefinidas%20em%20nenhum%20diploma%20legal.&text=%C3%89%20poss%C3%ADvel%20concluir%20que%20o,agente%20sobre%20os%20seus%20motivos>. Acesso em: 06 jun. 2023.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

DECCO-SEDIE. **STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal**. 2021. Disponível em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5736540/7874238>. Acesso em: 10 out. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelação do Quarto Distrito do Estado da Califórnia. Apelação. **Gabrielle Darley Melvin vs. Dorothy Davenport Reid**. Relator Justice John Bernard Marks. Julgado em 28.02.1931. Disponível em: <https://casetext.com/case/melvin-v-reid>. Acesso em: 15 jun. 2023.

FERNANDES, Katiana. **Direito ao Esquecimento**: direito ao esquecimento na internet. Direito ao Esquecimento na Internet. 2016. Disponível em: <https://katianafernades.jusbrasil.com.br/noticias/395456412/direito-ao-esquecimento#:~:text=A%20Regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20ao%20Esquecimento%20surgiu%20logo%20ap%C3%B3s%20a,23%20DE%20ABRIL%20DE%202014.&text=O%20Marco%20Civil%20trouxe%20algumas,como%20uma%20ofensa%20a%20honra>. Acesso em: 20 jun. 2023.

FIGUEIREDO, Stephanie. **O que um advogado precisa saber sobre direitos fundamentais**. 2019. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/direitos-fundamentais/>. Acesso em: 09 out. 2023.

GUEDES, Luiza Helena da Silva. **Direito ao esquecimento**, Âmbito Jurídico, São Paulo, 01 de jun. de 2017.

KONDER, Carlos Nelson; MORAES, Maria Celina Bodin. **Dilemas de direito civil-constitucional**: casos e decisões. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. **Direito ao esquecimento**: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. Discussão europeia e sua repercussão no Brasil. 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=>. Acesso em: 30 jun. 2023.

LINHA DIRETA JUSTIÇA: Aída Curi, 2004. Disponível em: <http://redeglobo.globo.com/Linhadireta/0,26665,GIJ0-5257-215780,00.html>. Acesso em 20 set. 2023.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **O direito ao esquecimento na internet**. *In*:

MARTINS, Guilherme Magalhães (coord.). Direito Privado e Internet. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Cleyson de Moraes Mello; MOREIRA, Thiago. **Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

PEREIRA, Nayara Toscano de Brito. **Direito ao esquecimento**: o exercício de (re) pensar o direito na sociedade da informação contemporânea e as peculiaridades no debate entre o direito civil e a constituição. Publica Direito. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ad5db5924e3e97ed>. Acesso em: 01 nov. 2023.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. **Direito ao esquecimento versus liberdade de informação e de expressão**: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. 2014. 75 f. Monografia (Pós-graduação lato sensu em Direito Constitucional) – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. O direito ao esquecimento e a decisão do supremo tribunal federal na tese de repercussão geral nº 786. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 28, p. 193-206, abr./jun. 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/marco.serighelli/Downloads/716-Texto%20do%20Artigo-2302-2198-10-20210716%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/marco.serighelli/Downloads/716-Texto%20do%20Artigo-2302-2198-10-20210716%20(1).pdf). Acesso em: 22 out. 2023

# Capítulo 02

## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA POR POLICIAIS E MILITARES NA ATIVA

Aryane Brambila  
Ricardo Emílio Zart

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo busca discorrer acerca da discussão sobre a (in)constitucionalidade do exercício da advocacia por policiais e militares que estejam em plena atividade, mesmo que em causa própria. A Lei 14.365, de 2 de junho de 2022, trouxe algumas alterações na redação da Lei 8.906/94 (que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil) (Brasil, 1994). Dentre elas, a possibilidade do exercício da advocacia, exclusivamente em causa própria, de policiais e militares que exercem a referida atividade ativamente.

O artigo 28 da Lei original, elenca todas as atividades que, se exercidas, se tornam incompatíveis com o exercício da advocacia propriamente dita. Dentre elas, no inciso V e VI do referido artigo, podemos citar os policiais e militares que se encontram no pleno exercício da profissão.

Por incompatibilidade, entende-se a proibição total do desempenho profissional como advogado. Contudo, com o advento a Lei 14.365/2022, foram acrescentados dois parágrafos ao artigo supracitado, que passou a possibilitar o exercício da advocacia, nas hipóteses dos incisos V e VI, quando exercida em causa própria (e não se tratar de uma prestação de serviço à terceiros).

Contudo, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) entendeu se tratar de uma ação inconstitucional. Diante disso, impetrou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 7227) perante o Supremo Tribunal Federal. Desse modo surge o atual problema de pesquisa: A (in) constitucionalidade do exercício da advocacia por policiais e militares na ativa. Desta forma questiona-se: tal alteração legislativa se trata de um ato inconstitucional, realmente?

Desse modo, tendo em vista tamanha importância do tema abordado, o objetivo da pesquisa é ponderar acerca da (in)constitucionalidade da permissão do exercício da advocacia, em causa própria, por policiais e militares ativos, visto que até o momento do advento da Lei 14.365/2022, o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Brasil, 1994) tratava tal ação como impedimento absoluto, ou seja, era vedada independentemente de se tratar de causa própria, ou não. Não obstante, estudar a legislação como um todo, com o intuito de encontrar as eventuais ilegalidades e compreender as alterações promovidas pela Lei 14.365/2022, de modo a identificar o novo regramento previsto no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Portanto, no decorrer da leitura, poderá se encontrar as justificativas para embasarem a inconstitucionalidade (ou não) das alterações promovidas com a promulgação da Lei 14.365/2022, afim de esclarecer as motivações de ambos posicionamentos. Esse estudo se dará através da letra Lei Constitucional, de doutrinas que discorrem acerca do tema em questão.

## 2 EMBASAMENTO HISTÓRICO E LEGISLATIVO SOBRE A ORIGEM DAS INCOMPATIBILIDADES DAS PROFISSÕES COM A ADVOCACIA

Para entender o intuito e os fundamentos do questionamento da Ordem dos Advogados do Brasil, é importante fazer um apanhado geral do contexto histórico e legislativo que rodeia a questão das incompatibilidades descritas no artigo 28 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Brasil, 1994). Não obstante, é importante explicar, também, o que fato significa “advogar em causa própria”.

### 2.1 DA ORIGEM DA INCOMPATIBILIDADE DO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES

Para iniciar a discorrer acerca do tema proposto, deve-se entender de onde surgiu a proibição inicial de que policiais e militares, na ativa, são vedados ao exercício da advocacia, independentemente de se tratar de causa própria. Para tanto, segue abaixo o artigo 28º, da Lei 8.906/94:

Art. 28. A advocacia é incompatível, **mesmo em causa própria**, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta,

em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

**V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;**

**VI - militares de qualquer natureza, na ativa;**

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico (Brasil, 1994, p. 1).

A redação supracitada corresponde a letra da lei anterior as modificações causadas pela Lei 14.365/2022. No decorrer da leitura do caput, somado aos incisos V e VI (grifados acima), fica claro a referida proibição, que não faz nenhum tipo de ressalva a esses casos.

Contudo, não basta sabermos da existência da possível incompatibilidade, também é importante saber quem se enquadra na categoria de “policiais e militares”. Partindo disso, é necessário realizar a leitura do trecho inicial do artigo 144 da Constituição Federal, que elenca os profissionais enquadrados na atividade de polícia:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação



da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI - polícias penais federal, estaduais e distrital. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 104, de 2019) (Brasil, 1988, p.1).

Já no que concerne às atividades militares, cabe ao caput do artigo 142, também da Constituição Federal, nos definir o que a legislação entende como atividade militar:

**Art. 142.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988, p. 1).

A partir disso, até antes do surgimento da nova lei que gerou o impasse de que é tratado no presente texto, ficava nítido quais as proibições ao exercício da advocacia, e quem eram os vetados para tanto. Mesmo que aprovados no exame da Ordem, a carteirinha não era emitida, pois não haviam exceções que permitissem tal exercício profissional.

## 2.2 O MOTIVO DA REFERIDA INCOMPATIBILIDADE

Na ADI nº 3541, que tinha por objeto a discussão da (in) constitucionalidade da incompatibilidade do exercício da advocacia e de cargos de polícia e militares simultaneamente, teve como relator o Ministro do STF Dias Toffoli (STF, 2014). Os impetrantes alegavam que tal proibição feria o princípio da isonomia e que se tratava de um “tratamento diferenciado odioso” aos referidos profissionais.

Para o relator, todas as profissões citadas são de suma importância no âmbito social, estando, inclusive, regradas na Constituição Federal. Contudo, quando exercidas ao mesmo tempo, podem ser extremamente “prejudiciais às relevantes funções de ambas as atividades” (STF, 2014). Não obstante, o Ministro descreve quais os malefícios do exercício simultâneo das atividades, do ponto de vista de cada profissão, conforme descrito abaixo:

- a) da perspectiva da advocacia, pela interferência direta dos policiais civis na fase inquisitorial da persecução penal (inquérito policial), a qual, conquanto não constitua peça imprescindível da propositura da ação penal, configura elemento de substancial importância para o processo;
- b) do ponto de vista da atividade policial, no sentido da necessidade de exclusividade no desempenho da função, como se observa, por exemplo, na lei de regência dos funcionários policial civis da União (atual Polícia Federal) e do Distrito Federal (art. 4º da Lei 4.878/65) (STF, 2014, p. 4).

Basicamente, o bacharel em direito tem a faculdade de optar entre a inscrição na OAB ou no concurso para militar ou policial. As referidas proibições são apenas para o exercício simultâneo de ambas. Isso porque é inegável o conflito de interesses que surgiriam, pondo em discussão a ética e a moral dos profissionais. Para exemplificar: uma pessoa na

posição de réu de algum processo contrata como advogado o policial que efetuou a prisão. Essas situações abririam espaço para diversos debates desgastantes, que podem ser facilmente evitados com essa vedação.

Além disso, a essência do artigo 28 da Lei 8.906/94 não foi novidade no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. A descrição da incompatibilidade do exercício da advocacia pelos policiais e militares já estava presente na Lei 4.215 de 1963, no artigo 84.

Desse modo, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, visto que, (assim como toda e qualquer profissão que sejam relacionadas) os policiais e militares, e também os advogados, possuem peculiaridades inerentes à atividade exercida, que quando cumuladas, podem ser lesivas à sociedade.

## 2.3 DO CONCEITO DE “EXERCER A ADVOCACIA EM CAUSA PRÓPRIA”

Para que uma pessoa tenha capacidade postulatória, ou seja, possa agir ativamente nos poderes legislativo e judiciário, é necessário que seja advogada. Para isso, é imprescindível a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Desse modo, o artigo 103 do Código de Processo Civil diz que:

Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal (Brasil, 2015, p. 1).

Basicamente, advogar em causa própria é quando o indivíduo ocupa o espaço de parte do processo, bem como de seu próprio defensor.

Isso não o isenta de seguir todos os trâmites estabelecidos pela legislação, mas pode gerar controvérsias, como a necessidade ou não da juntada de procuração para poder propor a ação.

Nem sempre a advocacia em causa própria pode ser a melhor opção, visto que o emocional pode afetar a razão e a lógica com que o caso deve ser analisado, podendo trazer prejuízos maiores no decorrer processual.

## 2.4 DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.365/2022

Conforme exposto anteriormente, o foco do presente texto é a tratativa acerca da (in)constitucionalidade do exercício da advocacia por militares e policiais na ativa, em causa própria.

Essa possibilidade foi acrescida com o advento da Lei 14.365/2022 (pois como visto acima, antes disso era vedada a advocacia por militares e policiais na ativa em qualquer hipótese, dado o grande conflito de interesses gerado), que acresceu dois novos parágrafos ao artigo 28, da Lei 8.906/94, que dizem:

§ 3º As causas de incompatibilidade previstas nas hipóteses dos incisos V e VI do **caput** deste artigo não se aplicam ao exercício da advocacia em causa própria, estritamente para fins de defesa e tutela de direitos pessoais, desde que mediante inscrição especial na OAB, vedada a participação em sociedade de advogados.

§ 4º A inscrição especial a que se refere o § 3º deste artigo deverá constar do documento profissional de registro na OAB e não isenta o profissional do pagamento da contribuição anual, de multas e de preços de serviços devidos à OAB, na forma por ela estabelecida, vedada cobrança em valor superior ao exigido para os demais membros inscritos (Brasil, 1994, p. 1).

Portanto, a incompatibilidade que antes era absoluta, passou a ser relativa. O parágrafo 3º diz que poderão advogar “estritamente para fins de defesa e tutela de direitos pessoais”, o que quer dizer que é permitido a sua defesa (que pode ser na esfera administrativa ou judicial, uma vez que a Lei não explicita), quando figurar no polo passivo, mas também pode assegurar a efetivação de algum direito lesado, estando no polo ativo da ação.

O profissional deve estar registrado na OAB assim como todos os demais advogados (inclusive resta incumbido ao pagamento da anuidade), seguindo o artigo 8º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Brasil, 1994), com o adendo de se tratar de uma inscrição especial, visto que a participação em sociedades de advogados e afins permanece vedada.

Seguindo a lógica de que passa a ser permitido a advocacia em causa própria, pode haver hipóteses em que o indivíduo processa a Fazenda que o emprega. Teoricamente é possível, visto que somente permanece proibida a advocacia como meio profissional e rentável.

O grande impasse gerado pela sanção dessa Lei foi que em julgamento anterior, no supracitado ADI 3541, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é constitucional, sim, a incompatibilidade das referidas atividades. Desse modo, entende-se que esse novo regime de regramento está divergente da jurisprudência já consolidada.

## 2.5 DA MOTIVAÇÃO DA IMPETRAÇÃO DO ADI Nº 7227

No dia 10 de agosto de 2022, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil impetrou perante o STF o ADI nº 7227. Restou à Ministra Cármen Lúcia a relatoria do caso.

De acordo com notícia publicada no site do STF, um dos argumentos utilizados pela OAB foi de que “autorizar a prática da advocacia por servidores da segurança pública, especialmente os que lidam diretamente com o Judiciário, pode colocar em risco o adequado funcionamento das instituições a que pertencem, em razão da proximidade com os julgadores, acusadores, serventuários e outros personagens do processo”.

A OAB se mostrou indignada com o suposto desrespeito com a farta jurisprudência e com a decisão pacificada pelo STF que já foi mencionada anteriormente. O Conselho, no início do ADI, antes mesmo de expor os fatos menciona que

O impedimento ora em debate possui previsão legal sólida e já teve sua constitucionalidade analisada no âmbito desse Supremo Tribunal, inexistindo qualquer violação constitucional ao obstar a prática advocatícia aos agentes da segurança pública, mas, ao contrário, a norma ora impugnada, ao admitir que policiais e militares possam exercer a advocacia em causa própria, mantendo a vedação a outros segmentos do serviço público estatal, constitui uma diferenciação odiosa e injustificável, para além de atentar contra a moralidade pública e ao Estado democrático de direito, violando princípios constitucionais e ensejando a imediata atuação dessa Corte (STF, 2022).

Segundo fundamentado no ADI 7227 pela impetrante, as incompatibilidades previstas no artigo 28 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil não ferem o princípio da isonomia pois “os poderes imanentes às atribuições dos cargos públicos vinculam a Administração e reforçam a supremacia do interesse público em detrimento do particular”. O referido princípio não tem caráter absoluto, podendo ser “moldado” para que o bem da comunidade como um todo se sobreponha as vantagens individuais.

O objetivo é evitar, a todo custo, que os militares e policiais, por terem uma posição ativa e muito ligada ao judiciário, façam um uso imoral desse benefício, deixando de agir de boa-fé.

No decorrer da fundamentação do ADI 7227, o Conselho da OAB afirma que:

Resta clara a inconstitucionalidade insculpida parágrafos 3º e 4º do art. 28, da Lei 8906/1994, pois a vedação ao exercício da advocacia pelos servidores membros das forças de segurança, em especial os policiais e militares na ativa, decorre da própria autorização constitucional de regulamentação do exercício profissional, além de dar eficácia a outros princípios constitucionais que devem preponderar em atenção ao interesse público (STF, 2022).

Nesse mesmo viés, é lembrado a decisão do STF no ADI 3541, que julgou como plenamente constitucional a regulamentação da incompatibilidade do exercício das funções de polícia/militar simultaneamente com a advocacia. Portanto, a inserção dos dois novos parágrafos ao artigo 28 da Lei 8.906/94 é uma visível afronta ao entendimento do STF, órgão responsável justamente pela conferência da constitucionalidade das normas.

Além do mais, as alterações promovidas no referido dispositivo abrangem apenas os policiais e militares, deixando de fora os outros segmentos do serviço estatal (que são tidos como incompatíveis praticamente pelos mesmos motivos). Essa atitude pode ser entendida como uma “uma diferenciação odiosa e injustificável ao regime de incompatibilidades”.

Conforme argumentado pela OAB, o legislador, no momento de criar o rol de incompatibilidades, colocou todas as profissões que lá se encontram por algum motivo compatível com o dispositivo

constitucional brasileiro. As ressalvas incluídas nos parágrafos 3º e 4º não encontram nenhum embasamento legal para existirem.

Partindo para um argumento mais individualizado, estabelecido para a categoria dos policiais, a OAB afirmou no momento da impetração que:

A Constituição Federal estabelece que as atividades policiais são voltadas para a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, o que não se compatibiliza com a atuação da advocacia. Isso porque, o advogado, por função, possui da realidade o enfoque do cliente, ou seja, um enfoque que é, e deve ser, parcial. Em contraste, a polícia deve se guiar pela busca imparcial da verdade dos fatos, uma vez que “são agentes da lei, não agentes das partes”. Assim, “justamente em função dessa participação privilegiada – e que deve ser imparcial – na concretização do Direito é que todos os que estão envolvidos com a estrutural policial, e não apenas Delegados, Inspetores e Detetives, estão impossibilitados de advogar (STF, 2022).

Para os militares, o embasamento para afirmar a referida inconstitucionalidade acerca do exercício da advocacia em causa própria foi que:

Já com relação aos militares da ativa, sejam eles pertencentes às Forças Armadas ou às Polícias Militares, a incompatibilidade se deve pelo fato de que esses agentes não possuem os requisitos essenciais para o exercício da atividade da advocacia, isto é, não atuam com liberdade e independência. É dizer, “diante das peculiaridades da vida militar, em que se punem insubmissão e deserção, abandono de posto, inobservância do dever, uma carreira sem horários precisos, que admite ingerências as mais diversas em nome da conservação da ordem na caserna, seria de conciliação improvável, senão impossível, com a advocacia”. O militar da ativa tem como funções primordiais a manutenção da ordem, segurança e



soberania do país, e, para tanto, estão sujeitos à estrutura hierarquizada e rígida, subordinado à disciplina e à realização de tarefas submetidas a ordens de comando, de forma que não há possibilidade de se compatibilizar, sem que haja conflitos de interesses, essas atividades com as atividades inerentes ao exercício da advocacia, ainda que atuando em causa própria (STF, 2022).

É fato que o foco da advocacia é a obtenção de justiça. Além disso, conforme citado anteriormente, é dever dos órgãos reguladores minimizarem ao máximo os impactos negativos que possam recair sobre a sociedade. Portanto, para a impetrante é incabível que policiais e militares na ativa sejam permitidos a exercer a advocacia mesmo que em causa própria, pois sua posição será de privilégio quando comparado aos demais profissionais da advocacia.

## 2.6 DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO STF E SUAS MOTIVAÇÕES NO ADI 7227

Inicialmente, é válido destacar que o caso em questão foi distribuído para relatoria da ilustre Ministra Carmén Lucia. Em seu despacho inicial, tendo em vista o pedido de Medida Cautelar, a referida ministra adotou o procedimento previsto no artigo 10, da Lei 9.868/1999, que determina a ordem das medidas a serem tomadas para o julgamento da cautelar:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado (Brasil, 1999, p. 1).

Diante disso, houve a prestação de informações por parte dos oficiais. O Senado Federal de maneira sucinta e direta, teve seu posicionamento contrário ao pedido da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a alegação de que:

“(…)

A proposição foi regularmente remetida à sanção e o Presidente da República sancionou os dispositivos impugnados, os quais foram transformados em lei, encerrando o devido processo constitutivo da norma. Então, como se vê, resta evidenciado que a Lei nº 14.365/2022, que incluiu os §§ 3º e 4º ao art. 28 da Lei nº 8.906/1994, ora impugnados, teve regular tramitação legislativa e entre os seus propósitos claramente esteve o aperfeiçoamento do regime das incompatibilidades e impedimentos ao exercício da advocacia. (Senado Federal, 2022, ADI 7227, p. 92)

Já a Advocacia Geral da União suscitou, em sede de informações, a preliminar de inépcia da inicial. Para a ilustre advogada da União, Dr. Márcia de Holleben Junqueira, “as alegações são genéricas, sem qualquer indicação precisa de quais normas e artigos da Constituição estariam efetivamente sendo atingidos ou descumpridos por este ou aquele

dispositivo”. Não obstante, afirma que no processo de sancionamento da referida lei, foi seguido rigorosamente o princípio do devido processo legislativo, o que faz com que o mero inconformismo não caracterize a inconstitucionalidade da Lei. Quanto ao mérito, assim como o Senado, solicitou o indeferimento dos pedidos da exordial, e requereu a extinção precoce do feito (tendo em vista sua afirmação de inépcia da inicial).

No que pertine às informações prestadas pela Câmara dos Deputados, assim como as entidades anteriores, foi afirmado a suposta constitucionalidade do dispositivo debatido, visto que a aprovação de tal instrumento passou por todos os trâmites do devido processo legislativo.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, que foi o impetrante da ADI em debate, peticionou por quatro vezes reiterando sua urgência no deferimento do pedido da cautelar, embasado nas alegações expostas na exordial. Para a CFOAB, “possibilitar que policiais e militares possam ter suas inscrições efetuadas sem estar claro os limites e fronteiras dessa atuação, (...), evidencia a enorme insegurança jurídica da questão”.

Para a CFOAB, essa nova autorização viola alguns princípios, como o da isonomia, moralidade e eficiência, tendo em vista que os profissionais em questão – policiais e militares – são personas chaves no que pertine à segurança pública, sendo uma tarefa que exige dedicação e obediência exclusiva. Tal urgência da CFOAB, também, diz respeito ao número crescente de Mandados de Segurança que foram impetrados em estados diversos, sobre a matéria debatida no ADI em questão. A falta de amparo legal e a dúvida acerca do direito (ou ausência dele) no exercício da advocacia por policiais e militares na ativa cria uma lacuna legislativa, o que causa grande inconsistência dos julgados, ocasionando uma insegurança jurídica. Por isso, para a CFOAV, a concessão da medida cautelar é imprescindível.

Finalmente, em março de 2023, ocorreu a Sessão de Julgamento Virtual que julgou, primariamente, o caso em tela. Em seu relatório do voto, a Sra. Ministra Cármen Lucia – conforme informado anteriormente, se trata da relatora do ADI – inicialmente faz uma listagem dos posicionamentos das entidades que prestaram informações no início do trâmite da lida. De maneira direta, o Presidente da República, Presidente da Câmara dos Deputados e o Advogado Geral da União se manifestaram pela improcedência da ação.

Já em seu voto, expõe o não acolhimento da preliminar de inépcia da petição inicial, uma vez que a exordial foi instruída com argumentações específicas e necessárias acerca da ofensa constitucional debatida. No que pertine ao mérito, a relatora relembra os argumentos da CFOAB para embasar seu pleito:

Ao permitir o exercício da advocacia, em causa própria, pelos integrantes de órgãos de segurança pública e militares na ativa, preservando a vedação para outros integrantes do serviço público estatal dispostos no art. 28 da Lei n. 8.906/94, as normas impugnadas teriam criado “uma diferenciação odiosa e injustificável, além de atentar contra a moralidade pública e o Estado democrático de direito, violando princípios constitucionais (STF, 2023, , p. 672).

Ressalta, também, que no julgado do ADI ° 3541, o STF já havia estabelecido que o exercício da advocacia por militares e policiais, simultaneamente, é incompatível. Não obstante, o julgamento de diversos outros casos, como: Agravo no Recurso Extraordinário n° 550.005, Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5235, Recurso Extraordinário n° 199.008, entre outros, tiveram suas decisões devidamente embasadas e fundamentadas para justificar e e estabelecer quais os motivos das funções tidas como incompatíveis com o exercício da advocacia assim terem sido definidas.

Para os julgadores, de uma maneira geral, cargos de função pública exigem a dedicação integral dos funcionários, e a atuação em ambas as áreas poderia configurar o descumprimento de alguns princípios determinados pela Constituição Federal, como o da isonomia, da moralidade da eficiência administrativa, a supremacia do interesse público em detrimento ao particular, entre outros.

Ainda em seu voto, a Ministra Carmén Lucia (2022) explicou:

As incompatibilidades têm a função de resguardar a liberdade e a independência da atuação do advogado, afastando-se a subordinação hierárquica ou o exercício de atividades de Estado que exijam a imparcialidade em favor do interesse público na aplicação da lei (STF, , p. 683).

Para ela, é fundamental invocar o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, que diz: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Desse modo, evidencia-se que o exercício da advocacia deve ocorrer de maneira independente e sem maiores barreiras. Ter uma jornada dupla de trabalho, em que se deve cumprir uma determina carga horário e responder à um superior hierárquico, como nos casos de policiais e militares que é o cerne da questão, iria sufocar e reduzir a atuação no meio da advocacia.

Basicamente, a autonomia e independência, segundo o voto da Relatora, são pontos cruciais para um bom desempenho do exercício profissional de um advogado. E são, justamente, as características que policiais e militares não possuem. O artigo 142 da Constituição Federal diz, em seu caput, que:

Art. 142 As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições

nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (Brasil, 1988, p. 1).

Não obstante, o artigo 42, também da Constituição Federal, determina que: “os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.” Além de disso, os policiais, de acordo com os termos das Leis nº 4.878/1968 e 9.654/1998 e do Decreto nº 59.310/1966, são expressamente proibidos de exercer outras atividades.

Para a Ministra Carmén Lúcia:

As restrições legais previstas nos incs. V e VI do art. 28 da Lei n. 8.906/1994, quando aplicada aos integrantes das polícias e militares na ativa, objetivam obstar a ocorrência de conflitos de interesse, preservar a necessidade de exclusividade no desempenho das atividades policiais ou militares, ou da função de advogado, e manter o núcleo essencial do direito à liberdade de profissão, pois não o inviabiliza, mas apenas atinge o exercício concomitante de duas profissões, assegurada, como é certo, a liberdade de escolha entre elas (STF, 2023, , p. 690).

Além disso, ao se permitir que tais profissionais exerçam a advocacia, podem vir a se apropriar de benefícios inerentes as suas funções estatais, como influências indevidas e acessos à inquéritos que iriam desequilibrar a relação processual. Para a Relatora, mesmo que em causa própria, quando exercida a advocacia por policiais e militares na ativa, “põe em risco a boa administração da justiça, privilegiando estes servidores relativamente aos demais advogados”.

Já no dispositivo legal, a Relatora opta por transformar o julgamento do pedido cautelar em julgamento do mérito propriamente dito, para estabelecer, afinal, a inconstitucionalidade dos parágrafos 3º e 4º do artigo 28 da Lei 8.906, que foram incluídos pela Lei 14.365 de 2022. Tal Acórdão transitou em Julgado no dia 5 de abril de 2023, encerrando as discussões sobre o tema.

### 3 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

O presente artigo se propõe a discorrer acerca do entendimento atual no que diz respeito às alterações promovidas na Lei do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Brasil, 1994). Essas alterações, ocorridas no ano de 2022, se tornaram palco de uma grande discussão acerca de sua (in)constitucionalidade, pois, segundo o entendimento da própria OAB, contradizem a legislação constitucional brasileira.

Para atender aos objetivos, buscar-se-á a utilização de métodos descritivos e explicativos. A utilização do método descritivo tem o escopo de ambientar o leitor acerca do texto legislativo brasileiro, para que este possa entender em que pontos a constitucionalidade – ou não – do exercício da advocacia, em causa própria, por policiais e militares em seu pleno exercício profissional. Para Silva & Menezes (2000, p.21), “a pesquisa descritiva visa descrever as características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis. Envolve o uso de técnicas padronizadas de coleta de dados: questionário e observação sistemática”.

Corroborando, o método explicativo será empregado para elucidar o leitor acerca do tema. A jurisprudência gerada pelo Superior Tribunal

Federal pode ser de difícil entendimento para leigos na área jurídica, por isso se faz necessário sua explicação.

O procedimento empregado para efetivação dos objetivos supracitados será, primordialmente, o estudo da jurisprudência criada durante o trâmite do ADI nº 7227, em que as partes discutem acerca do mérito da lide e, ao final, caberá ao STF julgar o entendimento final sobre o tema em questão. Cabe ressaltar que, para um estudo efetivo e válido, a jurisprudência deve ser sempre acompanhada do estudo da letra de lei de fato.

Quanto à Abordagem do problema, o caso escolhido para a presente explanação enquadra-se no critério qualitativo, uma vez que não haverá nenhum tipo de pesquisa de campo que envolva gráficos e números, apenas questões subjetivas que serão analisadas. Para Minayo (2008), é na investigação científica que se deve reconhecer a complexidade do objeto de estudo.

## 4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Conforme citado anteriormente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7227, impetrado no Superior Tribunal Federal Transitou em Julgado no dia 10 de abril de 2023. Restou decidido que há, de fato, a inconstitucionalidade no exercício simultâneo das atividades profissionais de policiais e militares e advogados. Todos os pleitos formulados pela Ordem dos Advogados do Brasil foram acatados.

Nos tópicos descritos acima, fica evidenciado quais foram os fundamentos formulados que levaram a tal decisão. Os riscos e os benefícios indevidos que o exercício de ambas as atividades concomitantes pode acarretar comprometem diretamente a aplicação da Justiça propriamente dita.



Não obstante, o parágrafo 1º artigo 31 da Lei 8.906/94 diz que: “O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.”. Portanto, a partir da leitura do presente artigo, juntamente à cópia integral dos autos do ADI 7227, fica evidente quais foram os motivos que a Ministra julgou como imprescindíveis para determinar a inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 14.365/2022

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a explanação dos aspectos iniciais e introdutórios acerca da discussão em questão. Tendo em vista se tratar de um assunto recente, ainda não há tanto material escrito pertinente ao tema abordado.

A partir da leitura dos itens discorridos acima, cabe ao leitor determinar um norte para o seu entendimento, se concorda ou não com a Ordem dos Advogados do Brasil, no que pertine à alegação da Inconstitucionalidade, de fato, do exercício da advocacia por policiais e militares na ativa.

A presente autora compactua da ideia da inconstitucionalidade, devendo ser vedada as alterações que foram promovidas com o advento da Lei 8.906/94, tendo em vista a clara incompatibilidade dos exercícios simultâneos das duas profissões. É inquestionável a posição privilegiada que os policiais ou militares podem ter, por relações pertinentes ao seu trabalho, com juízes e serventuários da justiça por exemplo. O que retira o nivelamento e equiparação entre as partes pretendidas pela Justiça.

Não obstante, por não se tratar de uma atividade realizada costumeiramente (a advocacia, no caso), os policiais e militares podem

não ter o conhecimento necessário para a defesa plena de seus próprios interesses.

Desse modo, diante da breve narrativa acerca dos fatos, evidencia-se a necessidade de se aguardar o Trânsito em Julgado do ADI 7227 perante o Superior Tribunal Federal, para que se obtenha, de fato, uma decisão acerca do que pertine a inconstitucionalidade – ou não – do exercício da advocacia, em causa própria, por policiais e militares na ativa.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. **A lei 14.365/22 e a (in)constitucionalidade do exercício da advocacia pelos militares que se encontram na ativa**: a expressão “em causa própria” dispensa comentários, ou seja, a advocacia só poderá ser exercida pelo próprio interessado em nome próprio. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/deposito/367628/exercicio-da-advocacia-pelos-militares-que-se-encontram-na-ativa>. Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10093, 5 jul. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 08 nov. 2023.

BRASIL. **Lei no 9.869**, de 12 De Novembro De 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 08 nov. 2023

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Sentença inconstitucional re-vestida de coisa julgada e segurança jurídica**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/335500/sentenca-inconstitucional-revestida-de-coisa-julgada-e-seguranca-juridica>. Acesso em: 08 nov. 2023.

GUERRA, Elaine Linhares de Assis. **Manual de Pesquisa Qualitativa**. 2014. Disponível em: <https://docente.ifsc.edu.br/luciane.oliveira/MaterialDidatico/P%C3%B3s%20Gest%C3%A3o%20Escolar/Legisla%C3%A7%C3%A3o%20e%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas/Manual%20de%20Pesquisa%20Qualitativa.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023.

JANEIRO, Puc Rio de. **Metodologia**. 2006. Disponível em: [https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9443/9443\\_4.PDF](https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/9443/9443_4.PDF). Acesso em: 08 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão ADI 3541**. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=209193612&ext=.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão ADI 7227**. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6457940>. Acesso em: 08 nov.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **OAB questiona exercício da advocacia por policiais e militares na ativa**: para a entidade de classe, exceção concedida a esses profissionais para advogarem em causa própria viola princípios constitucionais. Para a entidade de classe, exceção concedida a esses profissionais para advogarem em causa própria viola princípios constitucionais. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=492992&ori=1>. Acesso em: 08 nov. 2023.



## Capítulo 03

### A IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DO PARTO ANÔNIMO NO BRASIL E A ENTREGA VOLUNTÁRIA DO SEU FILHO PARA ADOÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA MULHER

Daniele Kangerski

Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel

#### 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca esclarecer aspectos relevantes do parto anônimo, e a entrega voluntária do filho como direito fundamental da mulher, o tema estudado, pauta-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1998), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA/1990), no Código Civil Brasileiro (CC/2002), no Projeto de Lei nº 2.747-A do ano de 2008 (arquivado) e na Lei 13.509/2017.

O projeto de Lei nº 2.747-A de 2008 (arquivado), apresentava mecanismos para coibir o abandono dos recém-nascidos, bem como o aborto clandestino, e a mulher que optasse pela doação de sua prole receberia todas as orientações sobre o processo.

Dessa forma, o instituto do parto anônimo mostrava-se favorável à criança quanto para a mulher. De um lado o infante que ficaria disponível para adoção, quiçá, conseguiria ser adotado por uma família que lhe daria todo o suporte necessário, como por exemplo amor, carinho, estudos, alimentação adequada, de outro, a mulher que não desejasse ter contato com sua prole, receberia o acompanhamento médico

imprescindível na gestação e no momento do parto, evitando assim submeter-se ao aborto ilegal, e arriscando perder a vida. Porém, conforme informado anteriormente o projeto de lei foi arquivado, considerado inconstitucional.

Tendo em vista tal problemática, o projeto inicial, apresentou como objetivo geral estudar a (in)possibilidade do reconhecimento do parto anônimo, juntamente com a possível entrega voluntária do filho para adoção, sem identificação da genitora, com base na Lei 13.509/2017, como direito fundamental da mulher. Para atender esta proposta, estabeleceu-se os objetivos específicos: a) abordar aspectos relevantes de direitos da gestante e do nascituro; b) descrever sobre a regulamentação do parto anônimo em outros países; e c) discorrer sobre a entrega voluntária (sigilo no parto), previsto na Lei 13.509 de 2017.

Ressalta-se que o assunto em pauta é de extrema relevância, pois trata do abandono de infantes e do aborto clandestino que mata milhares de mulheres por ano. Destacamos ainda que a entrega voluntária devidamente regulamentada no art. 19-A do ECA, busca de alguma forma a diminuição desses casos, para assim preservar a vida do infante e da mãe, bem como o direito de escolha da genitora.

O presente capítulo encontra-se estruturado em três seções seguindo a esta. Na primeira, subdividiu-se por subseções, na qual descreveu-se sobre o contexto histórico, os conceitos e os aspectos legais. Na segunda seção foi elencado sobre o procedimento metodológico, seguindo para a última seção, que trouxe a discussão e resultado da pesquisa.

## 2 O PARTO ANÔNIMO, A ENTREGA VOLUNTÁRIA DO FILHO PARA ADOÇÃO E O DIREITO DA MULHER: CONTEXTO, CONCEITOS E ASPECTOS LEGAIS

Nesta seção aborda-se o contexto histórico, informando brevemente como as crianças indesejadas eram deixadas e/ou abandonadas nos locais. Apresenta-se o conceito do parto anônimo na concepção de vários doutrinadores, bem como os princípios relevantes relacionados a criança e a genitora.

### 2.1 A RODA DOS EXPOSTOS

Para Ramos e Silva (2017), a roda dos expostos ou roda dos enjeitados, era a solução para as crianças que os genitores rejeitavam. A primeira roda dos expostos foi criada em Portugal, pelo Papa Inocêncio III, onde inúmeros bebês eram deixados à própria sorte.

Ramos e Silva (2017), citaram que a roda dos expostos era um espaço cilíndrico que continha uma divisória ao meio e era instalado na parede lateral ou frontal da Santa Casa de Misericórdia, não sendo identificado a pessoa que havia deixado a criança naquele local, após a criança ser inserida, o expositor acionava um sino e girava a roda para dentro do local.

O principal objetivo da roda dos expostos era garantir a sobrevivência dessas crianças rejeitadas, porém, como a demanda tornou-se muito grande, começou a ocorrer grandes dificuldades nos cuidados desses menores. O papel da instituição em relação ao acolhimento foi fundamental, porém, não suportavam atribuir o necessário para as crianças (Ramos; Silva, 2017).

No Brasil, segundo Messina (2018), a roda dos enjeitados chegou nos anos de 1.726, pelo fato das crianças estarem sendo abandonadas por suas famílias, e a primeira criação de uma instituição, foi a Santa Casa da Misericórdia na cidade de Salvador-BH. Depois foram criadas na cidades de Rio de Janeiro, Recife e São Paulo e foram fechadas nos anos de 1.950.

As crianças eram deixadas pelos pais biológicos em aberturas com um mecanismo giratório que levava as crianças para o interior da instituição, e por isso, “a roda dos expostos foi criada como um meio de proteção para a criança que era ali deixava e não abandonada de formas desumanas por suas mães.” (Messina, 2018, p. 17)

Dessa perspectiva, o próximo subtítulo aborda a questão do parto anônimo em âmbito internacional.

### 2.1.1 O Parto Anônimo e a perspectiva internacional

Na Itália, a roda dos expostos, era praticada desde 787, sendo instalada nas portas dos conventos. O Hospital Santo Spirito chegou a receber cerca de três mil bebês abandonados por ano (Albuquerque, 2011).

Segundo Albuquerque (2011), nos Estados Unidos o mecanismo utilizado é a portinhola para bebês, não sendo obrigatório o registro de informações sobre a origem genética.

No Japão, de acordo com Albuquerque (2011), foi divulgado uma proposta de construção de artefatos em hospitais para receber recém nascidos não desejados pelas mães. Até o momento da pesquisa era utilizado a Janela de Moisés para que seja evitado o abandono irregular.

A França adotou o Parto em anonimato devido ao expressivo número de tráfico de crianças, além de outras motivações, como falta de condições financeiras dos pais, psicológica ou de assistência social para a criança, falta de vontade de educar a criança, filho nascido fora do



casamento ou nascidos de estupro, a ausência do pai, levando à gestação de muitas mães solteiras, dentre outras (Albuquerque, 2011).

Segundo Albuquerque (2011) em 02 de setembro de 1941, houve a regulamentação da Roda dos Expostos, e, em 15 de abril de 1943, foi assegurado que cada prefeitura oferecesse ter uma maternidade de acolhimento. “No ano de 1993, o Código Civil Francês regulamentou expressamente a matéria, em seu artigo 341-1, que se encontra ainda vigente” (Albuquerque, 2011, p. 59).

Ocorre que até os dias atuais, as mulheres estavam autorizadas a dar à luz anonimamente em hospitais e deixarem seu bebê lá, possibilitando à mãe não revelar sua identidade durante o parto, ainda, a legislação francesa admitiu o sigilo da identidade da genitora, resguardado por uma unidade de saúde, e, quando a criança atingisse a maioridade, poderia legamente ter acesso às informações de seus pais biológicos (Albuquerque, 2011).

Na Alemanha, com o intuito de reduzir o número de recém-nascidos abandonados e dos assassinatos contra eles, em Hamburgo foi instituído a “portinhola para o bebê” ou “janela de moisés” (Ferreira, 2008).

As igrejas católicas e os hospitais estabeleceram uma espécie de guichê para que a mulher, após o parto, tivesse a oportunidade de ali deixar sua prole anonimamente nessa portinhola, sem ser identificada (Ferreira, 2008).

As janelas poderiam ser acessadas do lado de fora do edifício, que era equipada com berços aquecidos, além da mãe ser devidamente orientada com os materiais disponíveis sobre as entidades, caso carecesse de ajuda (Ferreira, 2008). Ainda de acordo com o autor, cada ano aproximadamente 50 recém-nascidos eram abandonados na Alemanha, e, no ano de 2002 foi registrado 18 assassinatos dessas crianças.

## 2.2 CONCEITO DE PARTO ANÔNIMO

De acordo com Messina (2018, p. 12) “o parto anônimo reguardou a identidade da mulher pelo anonimato, que não desejasse nenhum vínculo com a sua prole”. Tal instituto, possibilitou que a genitora, sem o seu reconhecimento na certidão de nascimento, deixasse sua prole aos cuidados do Estado, não ocorrendo qualquer vínculo parental entre mãe e filho.

Oliveira (2008, p. 2) conceitua sobre o tema que:

[...] à mulher (que) sem se identificar, dar à luz e/ou entregar o bebê para a adoção no próprio hospital [...] o que poderia acontecer em dois momentos: depois do nascimento, quando a mãe deixa o filho em portinholas nos hospitais, destinadas a este fim e antes do nascimento quando a mãe comparece no hospital declarando que não quer a criança, querendo realizar o pré-natal e o parto sem ser identificada.

Ainda, quando a genitora comparece ao hospital e declarasse não querer a criança, teria acompanhamento psicossocial, explicações das consequências jurídicas e da importância de as crianças conhecerem suas origens (Oliveira, 2008).

Relata-se que o instituto do parto anônimo buscou um equilíbrio dos interesses, garantindo que a criança indesejada não fosse abandonada, abortada ou vítima de infanticídio, e assegurou à genitora, que não tencionasse exercer tal papel, o direito ao anonimato (Albuquerque, 2007 *apud* Oliveira, 2008). Dessa forma, descreve-se os princípios fundamentais da criança.

## 2.3 DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO A CRIANÇA

Com o intuito de garantir a proteção e preservar os direitos fundamentais da criança, apresentamos no próximo item os princípios basilares.

### 2.3.1 O direito à vida e a dignidade da pessoa humana

O direito à vida está previsto de forma genérica no artigo 5º da Constituição:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] (Brasil, 1988, s/n).

O princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais importantes do direito brasileiro, determinou o valor da moralidade, espiritualidade e honra das pessoas (FACHINI, 2020). “O princípio da dignidade humana é a base de praticamente todo o direito de países democráticos, uma vez que é a constatação de que a plenitude do ser humano deve ser respeitada e preservada pela figura do Estado.” (Fachini, 2020, s/n).

Consoante o autor, este princípio, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, portanto, apresenta-se como fundamento primário. Para Oliveira e Silva (2017), o princípio da dignidade da pessoa humana trata-se de resguardar o direito à vida na sua integralidade, sendo que tal direito não se trata apenas de sobreviver, mas sim da garantia, por parte do Estado, a todos os aspectos para a existência de uma vida digna à todos os cidadãos.

### 2.3.2 Proteção integral da criança

O princípio da proteção integral da criança, previsto no artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e “as crianças e os adolescentes disporão de um plus, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento.” (Oliveira, 2016, s/n). Tal princípio encontra-se também fundamentado no artigo 227 da Constituição Federal:

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, 1988, s/n).

Dessa forma, verifica-se que este princípio visa assegurar os direitos fundamentais do menor, devendo ser protegida pela família e pelo Estado. O princípio do melhor interesse foi garantir que toda decisão tomada, referente ao menor, fosse decidida visando melhor atender os interesses da criança (Oliveira, 2016).

Segundo Oliveira (2016, s/n), “deve haver um equilíbrio entre os fatores influenciadores da decisão, a fim de proporcionar ao menor não apenas uma segurança econômica, mas também uma segurança emocional e psicológica”, ou seja, a criança, não necessita apenas de condições financeiras, mas de pessoas que lhe ofereceram carinho, atenção, e que não lhe maltratassem para crescer com segurança e com o emocional e psicológico inabalável.

### 2.3.3 Princípio da convivência familiar

Assegura à criança ou adolescente um crescimento saudável, porém, para que isso aconteça necessita de convivência familiar, pois reconheceu-se essa como base fundamental para o desenvolvimento do ser, assim, preceitua o artigo 19º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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, 1990, s/n).

De acordo com Nucci (2015, *apud* Oliveira 2016, s/n) destaca que

[...] um dos princípios deste Estatuto é assegurar o convívio da família natural e da família extensa com a criança e o adolescente; por isso, uma das políticas, calcada, na prática, em programas específicos do Estado, é harmonizar filhos e pais, dando-lhes condições de superar as adversidades.

Ressalta-se no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a possibilidade da família substituta, assim, nos casos decorrentes de adoção, tutela ou guarda, ficou sob responsabilidade da família assegurar a aplicabilidade deste princípio (Oliveira, 2016).

Conforme Lépure e Lehfeld (2012), a família substituta, acaba sendo necessária, quando há impossibilidade da criança/adolescente ficar junto à família natural. A família substituta é aquela que recebeu a criança/adolescente na ausência ou impossibilidade da família natural, porém, requer a atenção aos cuidados, elencados no artigo 28 do ECA, o qual dispõe que se a criança for maior de 12 anos, deverá ser respeitado a

sua opinião, e quando tratar-se de irmãos, deverão ser colocados em uma única família substituta.

### 2.3.4 Direito da origem genética

Messina (2018, p. 46), destaca que “o direito ao conhecimento de sua identidade genética não é sinônimo de reivindicar a filiação”, para completar seu pensamento, cita:

Toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade, de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para preservação da saúde e, a fortiori, da vida. Esse direito é individual, personalíssimo não dependendo de ser inserido em relação de família para ser tutelado ou protegido. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra a investigação da paternidade. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não). [...]. Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo. (Albuquerque, 2011 p. 6)

Para Rasquinha (2017, p. 25), as pessoas podem buscar suas origens genéticas por motivos de saúde física ou psíquica. O acesso a origem genética, encontra respaldo na Lei 12.010/09 – Lei Nacional de Adoção, em seu artigo 48º que “o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos,” ou seja, a criança ou adolescente que fosse acolhido poderia buscar suas origens genéticas.

## 2.4 DOS PRINCÍPIOS DE PROTEÇÃO APLICÁVEIS A GENITORA

Nesta seção aborda-se os direitos aplicáveis a parturiente, como o direito reprodutivo, direito à liberdade e o direito ao livre planejamento familiar, havendo conceitos de diversos autores, como passa-se a seguir.

### 2.4.1 Direito Reprodutivo

Segundo o Ministério da Saúde (Brasil, 2006), o direito reprodutivo gera a condição da pessoa escolher se desejava ou não ter filhos, e caso pretendesse, de quantos, e em qual momento de sua vida cogitasse engravidar, além de ter todas as informações sobre o assunto.

Nas palavras de Ventura (2009, p. 21) tal direito, contituído por princípios e normas relacionadas aos direitos humanos, garantiu que fosse exercido individualmente, de forma livre e responsável, envolvendo as faculdades relativas:

À vida e à sobrevivência; À saúde sexual e reprodutiva, inclusive, aos benefícios ao progresso científico; À liberdade e à segurança; À não discriminação e o respeito às escolhas; À informação e à educação para tomada de decisão; À autodeterminação e livre escolha da maternidade e paternidade; Ao casamento, à filiação, à constituição de uma família; À proteção social à maternidade, paternidade e à família, inclusive no trabalho.

Condizente os termos das autoras Boaventura e Aidar (2021) o artigo 226, §7º da Constituição Federal indicou que o Estado não pôde

decidir, nem intervir sobre o planejamento reprodutivo, mas deveria proporcionar os recursos educacionais e científicos necessários para que o direito das mulheres pudessem ser devidamente exercidos.

Dessa forma, Boaventura e Aidar (2021, p. 6) ensinam que “o desejo de ter filhos ou não, a quantidade e o método de prevenção são opções que toda mulher tem direito de escolher livremente sem interferência do Estado ou de quem quer que seja”.

Efetivou-se a implementação dos direitos sexuais e reprodutivos como um direito fundamental e humano, assegurando a liberdade reprodutiva com a autonomia e dignidade, como cita as escritoras Boaventura e Aidar (2021).

Diante do exposto, a próxima subseção destaca o direito de liberdade da mulher, para melhor entender os direitos fundamentais da mesma.

## 2.4.2 Direito a liberdade

No entendimento de Oliveira (2019), no contexto familiar ao longo da história, a mulher era a pessoa responsável pela reprodução e o cuidado com o seu filho, além de cuidar da casa e de seu esposo, já ao homem, o seu título familiar foi de chefe de família, ao qual a sua esposa e filhos eram subordinados.

Mesmo diante de todas as mudanças que houve ao longo dos anos, a figura da mulher, ainda associada como “mãe”, tratando-se a maternidade como uma coisa natural e inerente às mulheres (Oliveira, 2019)

Como Oliveira (2019) destacou em sua monografia, que a maternidade deve estar associada ao direito de escolha da mulher e não a uma imposição, ou seja, de que a mesma fosse obrigada a ser mãe, sendo



assim priorizada sua autonomia de vontade, sua liberdade, o bem-estar e a livre formação da personalidade e da dignidade.

### 2.4.3 Direito ao livre planejamento familiar

O direito ao livre planejamento familiar, previsto no artigo 226, §7º da Constituição Federal. <sup>1</sup> Segundo o entendimento de Veltrini (2014) o planejamento familiar incluiu os princípios da paternidade responsável, da convivência familiar e do vínculo afetivo entre pais e filhos. O poder familiar gerou uma grande responsabilidade, devendo os pais ofertarem “à assistência material, moral, psicológica, inclusive à orientação sexual, ou seja, um verdadeiro dever de cuidado com o ser gerado.” (Veltrini, 2014, p. 2)

Ainda sobre esse direito, o mesmo precisou ser exercido de forma responsável, intencionando a estabilidade emocional e financeira da família, gerando uma série de obrigações para o casal em relação aos seus filhos, que estavam sob o poder familiar (Veltrini, 2014).

No entendimento de Veltrini (2014) foi necessário levar em consideração a dignidade de cada ente familiar, devendo ser levantada a questão do respeito entre as partes, além da responsabilidade de suprir as necessidades materiais e o atendimento psicológico se necessário da criança.

Ainda, vinculado a este direito, pode-se citar a paternidade responsável que não é apenas a assistência material, e como cita Veltrini (2014, p. 11), envolveu-se “a assistência psicológica, moral e espiritual, bem como o dever de cuidado,” sendo elencado como um benefício

<sup>1</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

para as crianças e adolescentes, pois fez-se necessário o atendimento das carências básicas como moradia e alimentação, porém, é essencial também que alcance a afetividade do equilíbrio da integridade física, psicológica e espiritual, além do convívio no seio familiar e em sociedade.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Segundo Gil (2008), o conhecimento para tornar-se científico precisa ser identificado com as operações mentais e técnicas que permitam a sua averiguação, podendo então deliberar sobre o método que foi utilizado para atingir determinado conhecimento. Nesse sentido os procedimentos metodológicos se organizaram quanto aos objetivos, quanto aos procedimentos e abordagem do problema.

Quanto aos objetivos, Gil (2008), os classificou em exploratórias, descritivas e explicativas. Na presente pesquisa, foi utilizado a metodologia descritiva e explicativa, pois no decorrer da mesma foi descrito sobre os direitos reprodutivos da mulher, bem como sobre o direito ao parto anônimo em outros países, para melhor entender sobre o parto anônimo, ainda, houve a explicação da proposição da instituição do projeto de Lei nº 2.747-A do ano de 2008 (arquivado), suas características, o direito da mulher e o direito do infante, aprofundando o conhecimento na realidade, bem como a lei 13.509 de 2017 que tratou sobre a entrega voluntária, citando ainda jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Os procedimentos ocorreram por intermédio da pesquisa bibliográfica, pois conforme relata Gil (2008), neste tipo de pesquisa, utiliza-se materiais já desenvolvidos, podendo constituir-se de livros e artigos científicos.

A abordagem do problema foi qualitativa pois buscou-se coletar dados sobre o referido assunto e analisá-los, visando a produção de informações significativas, e a compreensão do fenômeno. Um dos requisitos da presente abordagem, foi a relação dos motivos que levou o indivíduo a pensar daquela forma, conforme o caso concreto apresentado no decorrer deste trabalho.

## **4 ANÁLISE DA LEI Nº 13.509 DE 2017 E DO PROJETO DE LEI 2.747/2008**

Nesta seção aborda-se aspectos relevantes da Lei nº 13.509/2017 que alterou o artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, informando suas peculiaridades, bem como os fundamentos para que o projeto de Lei do Parto Anônimo fosse arquivado e declarado inconstitucional.

### **4.1 DA ENTREGA VOLUNTÁRIA A PARTIR DA LEI Nº 13.509 DE 2017**

Conforme Brito (2021), a Lei 13.509/2017 fez a inclusão do artigo 19-A no Estatuto da criança e do adolescente, que em seu texto legal trouxe a possibilidade da genitora entregar sua prole de forma voluntária para a adoção, de forma sigilosa, ocorrendo o acompanhamento psicossocial e jurídico.

Antes de adentrar no artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, relata-se uma jurisprudência retirada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, autos nº 50804812020218217000 (Brasil, 2022) em que a genitora ajuizou uma ação rescisória para que a sentença

fosse reincidida, pois alegou que foram violadas as normas do referido artigo, veja-se a íntegra da ementa:

Ação rescisória. entrega voluntária de filho à justiça da infância e da juventude. violação à norma jurídica. inocorrência. [...] 1. no caso, não houve violação à norma jurídica ou aos procedimentos do eca, visto que a autora foi devidamente atendida pela assistente social e pela psicóloga do hospital quando manifestou o desejo de entregar sua filha à adoção, além de ter sido acolhida pela juíza da infância e da juventude antes da audiência. 2. ademais, o fato de a criança ter sido imediatamente colocada sob os cuidados da família substituta não representa qualquer irregularidade procedimental, devendo a proteção aos direitos da criança ser assegurada com absoluta prioridade (art. 227 da cf), ainda mais quando tratar-se dos primeiros anos de vida, em razão da importância desse período no desenvolvimento INFANTIL (lei nº 13.257/2016). 3. no caso, não é fundada a alegação de prova falsa por vício de consentimento, quer porque o quadro de ansiedade, angústia e depressão invocado teve boa evolução, observando-se que, em verdade, a autora arrependeu-se posteriormente de ter entregue a filha à adoção seis meses depois de fazê-lo, quando a infante já estava acolhida em família substituta. 4. inviabilidade de rescisão do julgado com base no inciso vi do art. 966 do cpc. ação rescisória julgada improcedente (Ação Rescisória, Nº 50804812020218217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 10-03-2022) (Brasil, 2022).

Diante do caso narrado, observa-se que o artigo 19-A e seus incisos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, estão sendo devidamente colocados em prática, seguindo todas as orientações do referido artigo, conforme será descrito abaixo.

O artigo 19-A *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a mãe que optar em entregar seu filho para adoção, antes

ou logo após o parto, deve ser encaminhada à Vara da Infância e da Juventude, a qual será ouvida pela equipe interdisciplinar, para posterior apresentação de relatório à autoridade judiciária, e, conforme Costa (2018), essa oitiva trouxe o objetivo de identificar o motivo da entrega, devendo a equipe ser totalmente qualificada e preparada para realizar a “entrevista” com a genitora.

Costa (2018) destaca que após ser feito o relatório, se a genitora consentir, poderá ser encaminhada para a rede de saúde e assistência pública com a finalidade de acompanhamento da gestação, como pré-natal e exames, deveria ser encaminhada para o Centro de Referência Especializado de Assistência Social e ao Conselho Tutelar, a fim de que fosse identificado o contexto familiar, e assim se fizesse o acompanhamento necessário da gravidez com o suporte socioassistencial, conforme descrito no artigo 19-A, §1º e §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente.<sup>2</sup>

A busca pela família extensa, prevista no §3º do mesmo artigo citado acima, não sendo superior a 90 dias, mas poderá ser prorrogada por igual período.

Cita-se um caso verídico, julgado no Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul pelo relator Rui Portanova, autos nº 70084529098 da data 22-09-2020. O caso tratou de uma genitora que de livre espontânea vontade entregou sua filha à adoção, a avó recorreu da sentença com o argumento de que “é direito do menor a convivência e inserção na família extensa (incluídos os avós)”, conforme passa-se a ementa:

---

<sup>2</sup> Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. § 1º A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. § 2º De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado.

[...] “ENTREGA VOLUNTÁRIA”. COLOCAÇÃO DE RECÉM NASCIDO SOB A GUARDA DE FAMÍLIA SUBSTITUTA, PRETENDENTE À ADOÇÃO.

(ARTIGO 19-A DO ECA). Hipótese em que a perícia psicológica indica que eventual entrega da criança recém nascida, à avó/requerente (família extensa), tem grande potencial de fomentar conflito entre a avó e a genitora/requerida. Conflito que, por certo, vai no sentido contrário ao melhor interesse do recém-nascido. Consequentemente, o deferimento de guarda em favor de família substituta (ainda que precária e reversível), para o presente momento, é situação mais vantajosa ao menor (Petição Cível, Nº 70084529098, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 22-09-2020) (Brasil, 2020).

Nessa perspectiva, Costa (2018) destacou que a criança possui o seu direito à convivência familiar, mesmo pela família substituta, por intermédio da adoção regular, ressaltando que esse é o direito da convivência familiar afetiva.

O §4º do artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, destaca que quando não houvesse a indicação do genitor ou qualquer representante legal da família extensa que pudesse receber a guarda, o juiz decreta a extinção do poder familiar e determina a colocação da criança sob guarda provisória, de quem a desejasse, ou de alguma entidade competente de acolhimento<sup>3</sup>. Caso contrário, ocorreria a audiência para a oitiva do pai ou de algum familiar, caso não comparecerem, “a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la.” (Brasil, 1990, s/n).

<sup>3</sup> § 4º Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

Os genitores que desistissem de entregar a criança voluntariamente na audiência, ou perante a equipe interprofissional, nesses casos, a mesma seria mantida no seio familiar, e acompanhada pelo prazo de 180 dias, como preceitua o §8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990).

Nesse sentido, entende-se que se torna indispensável que os profissionais sejam devidamente capacitados para atender essas genitoras, as quais estavam decididas a entregar voluntariamente seu filho à adoção, tratando-as com o total respeito, e assim, as mesmas sentiram-se acolhidas e amparadas.

Ficou garantido por lei o sigilo do nascimento, como dispõe o artigo 19-A, §9º do Estatuto da Criança e do Adolescente, “É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.” Para a criança/adolescente, assegurou-se o direito de conhecer sua origem genética, como preceituou o artigo 48 da mesma lei, “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.” (Brasil, 1990, s/n).

Dessa forma, passa-se a análise do projeto de Lei do Parto Anônimo.

## 4.2 DO PROJETO DE LEI 2.747/2008

O Projeto de Lei 2.747/2008 que foi apresentado pelo deputado Federal Eduardo Valverde, apresentou 12 artigos, definindo como seria o instituto no Brasil. Explicou em sua justificção sobre o abandono, veja-se:

O abandono trágico de crianças no Brasil em valas, esgotos, lixões, portas de casas de desconhecidos e em calçadas têm se tornado atos constantes que em sua maioria é ligado a questões socioeconômicas. Essa atitude

tem, que por muitas vezes ocasionando o falecimento da criança (Valverde, 2008, p. 2).

Ressaltou ainda que o projeto de lei protegeria as mulheres desesperadas com a gestação indesejada, as quais cometeram o aborto clandestino, tomando diversos remédio abortivos, prejudicando a sua própria saúde, ou levando-a a morte, além do possível cometimento de infanticídio (Valverde, 2008).

Conforme o artigo 3º do projeto de Lei 2747/2008, através do sistema único de saúde, o Estado promoveria as condições e os recursos informativos para que as mulheres fossem devidamente orientadas, em continuidade, o artigo 5º do mesmo projeto de Lei destacou que “os hospitais deveriam criar estruturas físicas adequadas que permitissem o acesso sigiloso da mãe ao hospital e o acolhimento da criança pelos médicos” (Valverde, 2008, p. 1).

Conforme o voto do relator Deputado Luiz Couto da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o projeto de Lei é inconstitucional, pois afetou o direito da proteção integral da criança, prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, sendo que o anonimato da genitora impediria que o infante tivesse suas origens registradas ou acabasse sendo negado o direito à convivência familiar. (Couto, 2008).

O voto da relatora Deputada Rita Camata, da Comissão de Seguridade Social e Família foi no mesmo sentido, pela rejeição do projeto de lei. Trouxe como argumento, a impossibilidade de a criança conhecer sua origem genética, sobre a responsabilidade civil/criminal da genitora, destacou a relatora: “é um sério risco, pois no caso de cometimento de danos à integridade da criança pode-se posteriormente tentar usar o expediente garantido pelo parto anônimo, evadindo-se impunemente do crime.” (Camata, 2008, p. 8)



Ainda, destacou sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sendo necessário planejamento familiar, melhoria do atendimento durante a gestação, humanização do parto e cuidado com o puerpério. (Camata, 2008).

Em ambos os posicionamentos se percebe o embaçamento do melhor interesse da criança e do adolescente, Rasquinha (2017, p. 23) fez o questionamento do que seria o melhor desejo da criança, veja-se:

O melhor interesse da criança é ser colocada imediatamente em família substituta, sendo amada e cuidada dentro do elo da afetividade ou se submeter ao não cuidado da mãe, permanecendo dentro da família biológica e ter acesso a sua origem genética?

No sentido do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, Oliveira (2019, p. 25) ressaltou que o projeto de Lei apresentado previu a flexibilização do “sigilo em caso de doença genética e de autorização judicial”, devendo sempre ser analisado a perspectiva do princípio do melhor interesse da criança.

Após o projeto de lei que tratou sobre o parto anônimo, e o mesmo ter sido arquivado por ser considerado inconstitucional, foi sancionada a lei 13.509 de 2017 que alterou o artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitando que a mãe entregasse voluntariamente sua prole à adoção, sendo garantido o direito ao sigilo sobre o nascimento, bem como o direito à origem genética.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O início do presente trabalho tem como objetivo estudar sobre o projeto de lei 2.747/2008 juntamente com a lei 13.509/2017 que alterou o

artigo 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, possibilitando que a parturiente entregue voluntariamente seu filho à adoção. No decorrer do trabalho, descreveu-se os objetivos específicos, abordando os principais aspectos dos direitos da gestante e do nascituro, descrevendo sobre o direito ao parto anônimo em âmbito internacional.

Diante da pesquisa realizada, constatou-se que o abandono de recém nascidos, abortos clandestinos e gravidez indesejada, são uma realizada, para resolver e/ou amenizar esses problemas, alguns países mantêm regularizados dispositivos semelhantes a roda dos expostos, já outros países adotam a implementação do parto anônimo.

No Brasil, o instituto do parto anônimo não foi regulamentado, pois o projeto de lei que tinha como propósito regulamentar, foi arquivado, com justificativa de inconstitucionalidade.

Porém, no ordenamento jurídico brasileiro existe diversos princípios e direitos que precisam ser respeitados, no decorrer da seção 2, apresentamos sobre os princípios de proteção aplicáveis as crianças, bem como os cabíveis a mulher, descrevendo o conceito de cada princípio, na concepção de diversos doutrinadores.

Diante do arquivamento do projeto de lei mencionado, há a lei nº 13.509/2017, que altera o artigo 19-A do Estatuto da criança e do adolescente, que traz a possibilidade de a genitora entregar sua prole à adoção, seguindo certos requisitos, os quais estão dispostos nos parágrafos do referido artigo.

Dessa forma, denota-se que o amparo para as parturientes vêm sendo tratado desde 2008, com o projeto de Lei nº 2.747/2008, o qual preocupou-se com o abandono dos recém-nascidos de forma irregular, bem como o aborto clandestino, ao decorrer da inconstitucionalidade da lei citada, houve a promulgação da Lei nº 13.509/2017, a qual atentou-se sobre à adoção voluntária para que seja evitado tais condutas ilegais.

## REFERÊNCIAS

AFFONSO, Fernanda Mano. **Direitos do nascituro e do embrião**, 11 fev. 2014. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8272/Direitos-donascituro-e-oembriao#:~:text=O%20nascituro%20%C3%A9%20tamb%C3%A9m%20detentor,se%20desenvolve%20em%20seu%20%C3%BAtero>. Acesso em: 7 set. 2023.

ALBUQUERQUE, Danielle Dantas Lins de. **PARTO ANÔNIMO E PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**, 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Desktop/Faculdade%20Direito/10%20fase/tcc/tcc%20dani/artigos%20cientificos/Microsoft%20Word%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Danielle%20Dantas.doc%20corrigido.pdf>. Acesso em: 27 out. 2023.

BOAVENTURA, Larissa Sousa, AIDAR, Adriana Marques. **O CORPO FEMININO E O DIREITO DE NÃO TER FILHOS**. 2021. Disponível em: <https://repositorio.uniube.br/bitstream/123456789/1661/1/O%20CORPO%20FEMININO%20E%20O%20DIREITO%20DE%20N%C3%83O%20TER%20FILHOS%20%281%29%20%281%29.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Lei 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**: seção 1, Brasília, DF, p. 13563, OU 16 jul. 1990. Retificado em 27 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 07 de set. 2023.

BRASIL. Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 23 nov. 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2017/lei/113509.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/113509.htm). Acesso em: 06 nov. 2023.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nº 50804812020218217000, Oitava Câmara Cível, **Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em: 10-03-2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/> Acesso em: 23 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nº 70084529098, **Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator**: Rui Portanova, Julgado em: 22-09-2020. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudenciae-legislacao/jurisprudencia/>. Acesso em: 23 out. 2023.

BRITO, Isabella de Oliveira. **A EFICÁCIA DA ENTREGA VOLUNTÁRIA: Uma análise sob a ótica do Parto Anônimo**. 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Desktop/Faculdade%20Direito/10%20fase/tcc/tcc%20dani/artigos%20cientificos/fazer%20referencia%20desse%20texto%203%20ok.pdf>. Acesso em: 23 out. 2023.

CAMATA, Rita. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 2.747, DE 2008** (Apensos os Projetos de Lei nº 2.834, de 2008 e nº 3.220, de 2008). Câmara dos Deputados, Comissão de Seguridade Social e Família. [s.l: s.n.]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL%202747/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=572645&filename=Tramitacao-PL%202747/2008). Acesso em: 6 out. 2023.

COUTO, Luiz. **Projeto de lei nº 2.747**, DE 2008 (Apensos os Projetos de Lei nº 2.834, de 2008 e nº 3.220, de 2008). Câmara dos Deputados, Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. [s.l.: s.n.]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=648240&fil\\_ename=Tramitacao-PL%202747/2008](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=648240&fil_ename=Tramitacao-PL%202747/2008). Acesso em: 06 out. 2023.

COSTA, Anna Gabriella Pinto da. A Entrega Consciente de Crianças para a Adoção Legal à Luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. 18 de jun/2018. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Desktop/Faculdade%20Direito/10%20fase/tcc/tcc%20dani/artigos%20cientificos/fazer%20referencia%20desse%20texto%202.pdf>. Acesso em: 22 out. 2023.

FACHINI, Tiago. **Direitos do nascituro e do embrião**, 13 out. 2020. Disponível em: [https://www.projuris.com.br/principio-da-gnidadehumana/#O\\_principio\\_da\\_dignidade\\_humana\\_na\\_Constituicao\\_Federal](https://www.projuris.com.br/principio-da-gnidadehumana/#O_principio_da_dignidade_humana_na_Constituicao_Federal). Acesso em: 7 set. 2023.

FERREIRA, Nayara Beatriz Borges. **PARTO ANÔNIMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. p. 1-27, 2008. Disponível em: <https://www.oabuberaba.org.br/uploads/1/articlesfiles/artigo5.pdf>. Acesso em 29 out. 2023.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª Eed. Ed Atlas. Disponível em: [https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo\\_C1\\_como\\_elaborar\\_projeto\\_de\\_pesquisa\\_-\\_antonio\\_carlos\\_gil.pdf](https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf). Acesso em 08 de jun. 2023.

LÉPORE, Paulo Eduardo; LEHFELD, Neide Ap. de Souza. **DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E OS NOVOS VALORES DO EUDEMONISMO E DA SOCIOAFETIVIDADE**, p. 1-12, 7 set. 2022. Disponível em: [https://www.franca.unesp.br/Home/stae/eixo1\\_003.pdf](https://www.franca.unesp.br/Home/stae/eixo1_003.pdf). Acesso em: 7 set. 2023.

MESSINA, Isadora Fernanda. **O PARTO ANÔNIMO**: uma alternativa para abandonos e abortos, p. 1-70, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unis.edu.br/bitstream/prefix/813/1/TCC%20ISADORA.pdf> Acesso em: 7 set. 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais**. 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Desktop/Faculdade%20Direito/10%20fase/tcc/tcc%20dani/artigos%20cientificos/FAZER%20REFERENCIA%20DESSE%20TEXT0.pdf>. Acesso em 23 out. 2023.

OLIVEIRA, Aline Ramos de; SILVA, Simone Oliveira Flores da. **O PARTO ANÔNIMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ANÁLISE A PARTIR DOS PROJETOS DE LEI**, p. 1-17, 2017. Disponível em: [https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/Rev-Dir-UNIGRANRIO\\_v.8\\_n.2.07.pdf](https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-UNIGRANRIO_v.8_n.2.07.pdf). Acesso em: 7 set. 2023.

OLIVEIRA, Amanda Marcenaro. **Princípios do ECA (Lei nº 8.069/90)**, 2016. Disponível em: <https://amandamarcenaro.jusbrasil.com.br/artigos/378041949/principios-do-eca-lei-n8069-90>. Acesso em: 7 set. 2023.

OLIVEIRA, Daniele Bogado Bastos de. **Parto Anônimo**: Aspectos Históricos, Políticos e Sociais Contemporâneas. XIII Encontro Regional de História 2008 da Associação Nacional de História, Rio de Janeiro agosto 2008. Disponível em: [http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212956989\\_ARQUIVO\\_p\\_artoanonimo-Anpuh.pdf](http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212956989_ARQUIVO_p_artoanonimo-Anpuh.pdf). Acesso em: 07 set. 2023.

OLIVEIRA, Jamily Vieira de. **O PARTO ANÔNIMO SOB O PRISMA DA MATERNIDADE**. 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/68043/Monografia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 out. 2023.

RASQUINHA, Jessica Silva. **O DIREITO DA MULHER DE NÃO SER MÃE SOB A PERSPECTIVA DO PARTO ANÔNIMO**. p. 1 - 76, 2017. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2111/1/J%C3%A9ssica%20Silva%20Rasquinha.pdf>. Acesso em: 7 set. 2023.

VALVERDE, Eduardo. PROJETO DE LEI N.º 2.747-A, DE 2008. Câmara dos deputados, [S. l.], p. 1-30, 24 maio 2011. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=882740&filename=Avulso+-#:~:text=e%20sua%20hist%C3%B3ria.,Art.,11%C2%BA%20desta%20lei](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=882740&filename=Avulso+-#:~:text=e%20sua%20hist%C3%B3ria.,Art.,11%C2%BA%20desta%20lei). Acesso em: 7 set. 2023.

VELTRINI, Maria Cristina Seara. **PLANEJAMENTO FAMILIAR: UM DIREITO OU UM DEVER DO CASAL?** 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>. Acesso em 23 out. 2023.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3ª Edição, 30 set. 2009. Disponível em: [http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos\\_reprodutivos3.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos3.pdf). Acesso em 23 out. 2023.





# Capítulo 04

## O DEVER LEGAL DE PROTEÇÃO À VIDA HUMANA DESDE A CONCEPÇÃO SOB A ÓTICA DA ESCOLA DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO

Julia Muncinelli Piccoli

Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel

### 1 INTRODUÇÃO

A norma jurídica e os princípios gerais do direito pátrio amparam e protegem a vida humana desde a fecundação. Embora a personalidade jurídica<sup>1</sup> se inicie com o nascimento com vida, conforme disciplina o Código Civil, a legislação brasileira preserva os direitos do nascituro desde a concepção, conferindo-lhe *personalis ficta*.

O Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas conceitua o termo nascituro como “o ser humano desde a concepção até o nascimento com vida, cujos direitos a lei põe a salvo” (Sidou, 2016, p. 413). Da mesma forma o define o Dicionário Jurídico Universitário (Diniz, 2022, p.334):

Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos

<sup>1</sup> Personalidade Jurídica, segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (Sidou, 2016, p. 464) consiste na “Condição do ente em face do ordenamento jurídico, como titular de direitos e sujeito a deveres por ele impostos.”

patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.

Para a medicina fetal o nascituro é “[...] o ser humano que foi concebido e que se desenvolve no interior do organismo materno, mas que ainda não nasceu” (Souza, 2021, p. 241).

Há grande diversidade de opiniões e abordagens teóricas acerca do estágio inicial da vida humana e da necessidade de protegê-la desde o seu surgimento. Há, inclusive, diferentes formas de tutelar os direitos do nascituro em todo o mundo, pois cada ordenamento jurídico e legislativo traz consigo um tratamento diferenciado para a problemática.

Neste passo, é evidente que a forma como o direito à vida do nascituro é tutelado pela norma jurídica não pode ser deixada à deriva para interpretação volátil e instável do legislador positivo, que é alterada conforme a vontade daqueles que ora detém do poder, no tempo e na história, seja em razão de diferenças culturais, seja por justificativas sociais e utilitárias.

Há que se considerar que a norma jurídica positivada deve partir de fatos e dados da realidade concreta para então estabelecer regras de conduta justas a fim de satisfazer ao bem comum e à justiça, conforme será explicitado ao longo deste trabalho.

Disso decorre que não é papel do legislador criar a realidade através da redação das leis, moldando-a convenientemente ao seu bel prazer, mas sim traduzi-la em normas que visam satisfazer a justiça inerente à pessoa humana e o direito que emana da própria existência do indivíduo.

Os direitos naturais, como o direito à vida, são preexistentes à norma jurídica que os tutela, pois estão presentes desde o surgimento do homem e derivam de seu estatuto ontológico. A função do legislador, portanto, está em reconhecê-los e tutelá-los através de dispositivos

escritos, de abrangência geral, estabelecendo sanções para condutas que visem suprimi-los ou feri-los.

Contudo, nem sempre tal exercício ocorre, como quando o legislador extrapola a sua esfera de ação e age com vistas a moldar a realidade, legalizando ou proibindo condutas injustas.

Por este motivo, a simples análise da legislação é insuficiente para traduzir o estatuto ontológico de pessoa humana<sup>2</sup> de que detém o nascituro e a necessidade de protegê-lo desde a concepção. Para isso, faz-se mister compreender a pessoa humana em um sentido meta-jurídico, a fim de desvendar o direito natural preexistente a qualquer norma jurídica.

Este sentido meta-jurídico é conferido pela filosofia jurídica e é o único capaz de estabelecer fundamentos sólidos quanto ao estatuto ontológico da pessoa humana, investigando o plano do ser e delineando as bases de um sistema jurídico capaz de dar a cada um o que é seu (realizar o justo) e evitar injustiças, em respeito à dignidade humana.

Essa abordagem é adequada ao fim proposto porque, segundo Hervada (2008, p. 38) “a filosofia do direito não tem por objeto ideais, mas realidades. [...] com dimensões que transcendem a experiência.”

Isso se dá pelo fato de que a filosofia do direito “conhece a realidade jurídica em seu caráter radical e último, proporcionando à ciência jurídica seus fundamentos últimos e seus supremos princípios e é capaz de exercer uma função crítica e avaliativa da ciência do jurista.” (Hervada, 2008, p. 42).

A filosofia é o saber ou ciência – no sentido clássico do termo – mais alto e supremo, que fundamenta as demais ciências particulares da

---

<sup>2</sup> Segundo ensinamentos de Reale (2007, p. 151) a ontologia, em sentido lato, é um ramo da Metafísica que consiste “no estudo do conhecimento do ser a partir dos objetos que o compõem.” Segundo o mesmo autor, a Ontologia, quanto à Teoria dos Objetos, tem por finalidade “determinar qual a natureza ou estrutura daquilo que é suscetível de ser posto como objeto do conhecimento” (Reale, 2002, p. 171). Nesse passo, ao tratar neste artigo acerca de uma abordagem ontológico-jurídica do nascituro, objetiva-se colocá-lo como objeto de conhecimento a fim de determinar qual a sua natureza e estrutura, a fim de descobrir qual o tratamento adequado que deve receber pela ordem jurídica.

natureza e do homem enquanto lhes oferece os fundamentos teóricos e práticos para o seu desenvolvimento em direção aos fins que lhe são próprios. (Hervada, 2008, p. 15)

Portanto, tal investigação é necessária para fundamentar a construção de um ordenamento positivo justo, que leva em consideração a realidade daqueles de quem os direitos a norma jurídica visa tutelar.

O presente texto objetiva realizar uma revisão bibliográfica alinhada ao método explicativo-compreensivo a fim construir argumento que parte da compreensão realista da natureza humana, investigando seus fundamentos e visando atingir, ao final, uma conclusão que justifique a tutela jurídica absoluta à vida do embrião humano, pois dotado de dignidade e estatuto ontológico de pessoa.

O recorte teórico que embasa a abordagem utilizada no presente artigo para tratar da problemática e alcançar a confirmação da hipótese mencionada é o a da filosofia jurídica, através da escola de pensamento do realismo jurídico, de tradição aristotélico-tomista, também conhecido por direito natural clássico.

A escolha de tal recorte teórico não tem por objetivo esgotar o tema e nem desprezar os entendimentos contrários pertencentes a outras escolas de pensamento e pela Suprema Corte.

A averiguação de tal problemática faz-se necessária ante a necessidade da compreensão do estatuto ontológico do embrião pelos juristas e operadores do direito, indo contra as crescentes tendências pró-aborto existentes no país, como, a título de exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, que pleiteia, junto à Suprema Corte, a liberação do aborto até a 12<sup>a</sup> semana de gestação.

A solução à problemática apontada, a que o presente capítulo visa alcançar, consiste na exposição argumentativa e teleológica do problema da caracterização do nascituro como pessoa humana, de forma a constatar se há violação direta à vida humana ao praticar o aborto.

Visa, ainda, demonstrar que, ontologicamente, o embrião não se trata nem de um amontoado indefinido de células, objeto das ciências biológicas, nem de um ser humano em potência, mas trata-se de ente humano em essência, detentor de pleno estatuto ontológico de pessoa.

Na primeira parte deste artigo, discorrer-se-á acerca do panorama atual da tutela dos direitos do nascituro na legislação brasileira, com uma breve explanação acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, em trâmite perante do Supremo Tribunal Federal.

Na segunda parte, tratar-se-á acerca da preferência pela análise ontológico-jurídica da pessoa humana e a escola do realismo jurídico ou direito natural clássico. Nessa seção, será explanado acerca do conceito do direito e da função da justiça e qual sua relação com a problemática ora tratada.

Por fim, será exposta conclusão acerca dos conhecimentos trazidos e resposta ao problema de pesquisa apresentado: a necessidade ou não de proteção da vida humana desde a concepção, segundo a escola do direito natural clássico.

Na terceira parte, será tratado acerca da metodologia empreendida na elaboração do trabalho e os resultados obtidos.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

Esta seção se propõe a discutir o Dever legal de proteção à vida desde a concepção sob a ótica do realismo jurídico. Para isso considera-se o cenário atual do legislativo brasileiro, bem como a argumentação propensa ao descumprimento do preceito fundamental 442.

## 2.1 A TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, CENÁRIO LEGISLATIVO ATUAL A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 442

Em 25 de setembro de 1992, a República Federativa do Brasil tornou-se signatária do Pacto de São José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico com estatuto de norma constitucional, dado que o § 2º, do artigo 5ª, da Constituição Federal estabelece que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos possuem equiparação à emenda constitucional.

Assim, por tratar expressamente de direitos e garantias fundamentais e ter estatuto de norma constitucional, a Convenção também constitui cláusula pétrea, ou seja, suas disposições não são passíveis de abolição por qualquer emenda tendente a este fim, conforme disposto no artigo 60, § 4º, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal (Brasil, 1988).

Dispõe o artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica acerca do direito à vida, conforme segue:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Segundo parecer do ilustre jurista Ives Gandra da Silva Martins, o artigo supramencionado possui dois comandos normativos de caráter essencial: “[...] o respeito ao direito à vida (do nascituro e do nascido) e a vedação a que o ser humano (nascituro ou nascido) seja privado de sua vida arbitrariamente.” (Martins, 2019, p. 55)

Ou seja, a pretensão desta norma é vedar a ocorrência de dois tipos de homicídio, ainda que legalizados: a pena de morte para os nascidos e a pena de morte para os nascituros (aborto). Da interpretação deste dispositivo infere-se que, em ambos os casos, há privação da vida humana de forma arbitrária, de um ser humano para outro. (Martins, 2019).

Segundo uma interpretação natalista do artigo 2º do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), expressa na obra de Monteiro e Monteiro Filho (2016), o feto é expectativa de ente humano, possuindo o *expectatus* de Direito. Todavia, para os efeitos penais, é considerado pessoa (ente, no sentido metafísico), bastando que para isso apresente condições de vida autônoma, ainda que precárias.

Embora a personalidade se inicie com o nascimento com vida, a legislação brasileira preserva os direitos do nascituro desde a concepção

ao incluir o tipo penal que criminaliza o aborto intrinsecamente entre os “crimes contra a pessoa” no Título “Dos Crimes contra a pessoa” e no capítulo “Dos crimes contra a vida”, no Código Penal pátrio.

Importante ressaltar que a codificação penal brasileira, ao incriminar o aborto “[...] não distingue entre ovo, embrião ou feto. Sempre que ocorrer intencionalmente a morte do concepto ou sua expulsão violenta seguida de morte está configurado o crime do aborto.” (França, 2022, p. 240).

Para os efeitos penais, o nascituro é considerado pessoa (*ente*, no sentido metafísico), bastando que para isso apresente condições de vida autônoma, ainda que precárias.

Diniz (2022), célebre civilista, ao comentar o Código Civil brasileiro, pontifica em se tratando de interesses do ser ainda não-nascido, a lei o considera capaz direitos. O artigo quarto, segunda parte do Código Civil, afirma que “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” não pode ser reduzido a nada. É revelação do princípio geral de direito. A lei protege o feto como ser vivo como protege o humano já nascido.

Em numerosos dispositivos normativos, o legislador volta sua atenção para aquele que apenas foi concebido. A título de exemplo cabe citar os artigos 1.779, 1.778, 1.800 do Código Civil 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil de 1973, não contemplados no atual Código, os artigos 124 e 128 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e o artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

Além do mais, não se pode olvidar a existência da Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido.

Segundo lições dos civilistas Monteiro e Monteiro Pinto (2016), é “pessoa” todo aquele nascido de mulher. Assim, toda criatura que provenha de mulher, sejam quais forem as anomalias e deformidades que



apresente, é ente humano. “Ao contrário, não é ser humano, para o efeito de se investir de direitos conferidos pela legislação civil, criatura que não promane de mulher, ainda que dotada de características humanas” (Monteiro, 2016, p. 59).

É clara manifestação do reconhecimento dos direitos do nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde a concepção.

É sabido que cada ordenamento jurídico e legislativo traz um tratamento diferenciado para a problemática em questão: o direito à vida. No entanto, é evidente que definição tão cara à vida humana e à própria dignidade da espécie não pode ser deixada à deriva da interpretação volátil e instável do legislador positivo, que é alterada conforme a vontade daqueles que ora detém do poder, no tempo e na história.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 Tramita perante o Supremo Tribunal Federal (STF), protocolada em março de 2017, com objetivo principal de discutir a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto) até a 12<sup>a</sup> semana de gestação, independentemente do motivo.

Na ADPF 442, o Pso1, autor da ação, questiona os artigos 124 e 126 do Código Penal, que criminalizam a prática do aborto, de forma que a incidência destes dois artigos ocorra somente nas primeiras doze semanas de gestação, alegando a violação de diversos princípios fundamentais no caso de serem aplicados posteriormente a esse período.

A descriminalização é fundamentada pelo autor em princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a não discriminação, a inviolabilidade da vida, a liberdade, a igualdade, a proibição de tortura ou o tratamento desumano e degradante, a saúde e o planejamento familiar das mulheres e os direitos sexuais e reprodutivos.

As controvérsias atinentes ao processo em questão não dizem respeito à esfera da problemática deste artigo, tendo em vista a amplitude do tema e a impossibilidade de esgotá-lo nos limites estabelecidos.

No entanto, é evidente que, diante da iminência de julgamento da ADPF, há possibilidade de a legislação brasileira no tocante à temática do aborto ser drasticamente alterada.

Por este motivo, é crescente no país o debate acerca da caracterização do nascituro como pessoa dotada ou não de dignidade humana, como merecedor ou não de ter seu direito à vida tutelado.

Nessa perspectiva, conforme será explicitado adiante, faz-se mister compreender a pessoa humana em seu sentido ontológico próprio, investigando sua natureza e sua essência, a fim de discernir se características físicas e de desenvolvimento devem ser levadas em consideração ao classificar alguém como sujeito detentor de personalidade jurídica.

Este sentido meta-jurídico tende a buscar as origens filosóficas e os fundamentos basilares que constituem a origem da norma jurídica e é o único capaz de trazer respostas quanto ao estatuto ontológico da pessoa humana, investigando-a no plano do ser.

Assim, a investigação será realizada à luz dos autores que compõe a escola do direito natural clássico, de tradição aristotélico-tomista, que tem por base a doutrina de Aristóteles e os ensinamentos de Tomás de Aquino.

Fundamentada nessas premissas, uma resposta à problemática tratada é capaz de delinear as bases de um sistema jurídico mais justo, onde a função do direito repousa em dar a cada um o que é seu, em respeito à dignidade humana.

## 2.2 A RELAÇÃO ENTRE LEI, JUSTIÇA E DIREITO PARA A ESCOLA DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO, EM COMPARAÇÃO COM A PERSPECTIVA DO POSITIVISMO JURÍDICO

As discussões acerca da natureza e do conceito de direito e da justiça têm consequências práticas, visto que a ciência jurídica as tomará

como base para a elaboração do ordenamento jurídico-normativo. É a filosofia jurídica a responsável por estudá-los.

O saber filosófico do direito enriquece o ofício do jurista. Dá a ele profundidade, ilumina-o com luzes novas, dá a ele maior perspicácia, fornece-lhe um conhecimento mais completo das soluções de direito e permite que fuja de falsas soluções baseadas em preconceitos implícitos e às vezes inconscientes (Hervada, 2008, p. 36).

São várias as escolas de pensamento que participam deste debate, a título de exemplo, o positivismo jurídico tende a conceber o direito como um conjunto de fatos, de leis ou de julgamentos; ou como um valor, objeto de investigação em andamento, ainda não realizado. O utilitarismo o concebe de forma a maximizar os prazeres sociais; ou como justiça, visando unicamente as relações sociais; e filósofos como Platão ou Santo Agostinho o concebem como o meio de encontrar o equilíbrio interno de cada indivíduo (Villey, 2005).

Cada uma dessas concepções de direito, advindas da filosofia jurídica, foram responsáveis pela formação do pensamento jurídico moderno no ocidente e, ao longo da história, alguma delas preponderou perante as demais entre os juristas por determinado tempo, legando importantes institutos até hoje em voga.

Os programas de ensino do direito modificam-se conforme prevalece uma ou outra definição (Villey, 2005).

Os positivistas jurídicos afirmam que o direito é a letra fria da lei, é o que foi escrito pelo legislador e publicado através de um órgão competente, pouco importando-se acerca da correspondência entre a justiça e aquilo que se escreve, por vezes bastando que a decisão reflita a vontade de uma maioria. (Fernandes, 2018).

A justiça vista por essa ótica positivista se restringirá à decisão emanada pelo Estado, “[...] sendo suficiente que atente para as formas legais”, de forma que caberá ao legislador dizer quem é ou não uma pessoa digna de direitos, quem merece ou não viver. (Fernandes, 2018, p. 76).

A perspectiva positivista da justiça limita-se à decisão estatal, considerando suficiente que esta esteja em conformidade com as leis existentes. Nesse contexto, é incumbência do legislador definir quem é digno de direitos e quem merece viver. Esse enfoque, como ilustrado pela história, foi adotado por regimes como os nazistas na Alemanha do século XX e pelos Estados Unidos, que mantiveram leis segregacionistas até meados do século passado.

No paradigma positivista, a justiça é estritamente baseada na autoridade e conformidade com as normas legais estabelecidas pelo Estado. Nesse sistema, a definição de quem possui direitos e merece proteção é delegada ao legislador, deixando margem para discriminação e injustiças quando as leis são formuladas de maneira injusta ou discriminatória.

Um exemplo notório dessa abordagem foi observado durante o regime nazista na Alemanha, onde os judeus foram alvo de perseguição sistemática e genocídio. Os nazistas, baseando-se em leis discriminatórias, privaram os judeus de seus direitos e dignidade, levando a atrocidades inimagináveis.

Nos Estados Unidos, leis de segregação racial, como as Leis de Jim Crow, vigoraram em grande parte do país até os anos 1960. Essas leis, apesar de estarem em conformidade com o sistema legal vigente, perpetuaram a discriminação racial e negaram a muitos cidadãos afro-americanos seus direitos básicos, incluindo acesso igualitário a escolas, transporte público e locais públicos.

Esses exemplos destacam as falhas inerentes ao positivismo jurídico quando não há uma base ética ou moral subjacente para as leis. A justiça, vista apenas como cumprimento formal das leis estabelecidas,

pode resultar em injustiças gritantes quando essas leis são fundamentadas em preconceitos, discriminação ou ideologias extremistas.

Portanto, essa perspectiva ressalta a importância de um sistema legal que esteja fundamentado em princípios éticos e na dignidade intrínseca de cada ser humano, independentemente das leis positivas que hodiernamente estejam em vigor.

Percebe-se que o conceito de justiça e os fundamentos filosóficos que embasam as leis não podem ser definidos com tamanha arbitrariedade, sob grande ameaça de ferir direitos e a existência de milhares de pessoas em razão de preconceitos e discriminações eugênicas daqueles que detém o poder.

A noção clássica de direito, adotada pela escola do realismo jurídico, encontra-se consubstanciada na famosa fórmula de Ulpiano “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” – ou seja, o direito é o justo, que, por sua vez, consiste em dar a cada um o que lhe é devido, dar a cada um o seu direito. (Hervada, 2008). Nesse sentido, discorre Paulo Nader:

Embora não se possa confundir o Direito Natural com a justiça, o certo é que aquela ordem constitui um ideal de justiça e um dos caminhos que levam o pensador do jus natura e é a sua insatisfação com a carência de justiça nos estatutos legais. O homem, ser eminentemente racional, sonda a razão de ser das coisas, não se submetendo passivamente a qualquer ordenamento. Procura-se o fundamento ético das leis e das decisões (Nader, 1996, p. 157).

Para a escola do direito natural clássico e do realismo jurídico, o direito não apenas não se reduz à lei, como também considera justo que ela se desobedeça no caso de terem sido legisladas injustiças. (Hervada, 2008).

Preclara a doutrina tomista acerca do conceito de direito e suas diversas significações:

É habitual serem os nomes desviados de sua primitiva significação para significar outras coisas. Assim, o nome de medicina foi empregado, primeiro, para designar o remédio dado a um enfermo, para que sare; depois, passou a significar a arte de curar. Assim também, a palavra *ius* foi empregada primeiramente para significar a coisa justa mesmo; depois, porém, aplicou-se à arte pela qual conhecemos o justo; ulteriormente, para significar o lugar em que é aplicado o direito, como quando se diz que alguém deve comparecer perante a justiça; e, por fim, chama-se ainda direito o que é aplicado por quem tem o dever de fazer justiça, embora seja iníquo o que decidiu (Aquino, 2016, p. 368).

Assim, o papel do legislador é formular leis justas, ao passo em que a função do jurista é aplicá-las de forma a dar a cada um o seu direito, ou seja, dar a cada um o justo, na medida do que lhe é devido.

Partindo dessa premissa, é notório que possa haver leis injustas e desequilibradas, que contrariam direitos naturais ao não visarem o bem comum, o justo e a equidade e, inclusive, decisões injustas por parte do Poder Judiciário, partindo dessas mesmas leis.

A visão de justiça para Aristóteles e São Tomás de Aquino no contexto do direito natural clássico está profundamente enraizada na ideia de uma ordem moral objetiva e universal que é inerente à natureza humana. Ambos os filósofos acreditavam que a justiça não é apenas uma questão de convenção social ou cumprimento da lei positiva, mas sim algo intrínseco à própria natureza das coisas e à natureza humana.

Para Aristóteles, a justiça é uma virtude que envolve dar a cada um o que lhe é devido. O filósofo distinguia entre diferentes tipos de justiça: (1) Justiça Distributiva: consistente na distribuição justa dos bens e recursos na sociedade, com base no mérito e nas necessidades

individuais; e (2) Justiça Corretiva: correção de injustiças, geralmente através de punições proporcionais aos crimes cometidos.

Aristóteles acreditava que a verdadeira justiça só poderia ser alcançada quando as leis humanas estivessem em conformidade com a razão e a moralidade, refletindo assim a ordem natural do universo.

São Tomás de Aquino, seguindo a tradição aristotélica, desenvolveu uma teoria da justiça que se baseava no direito natural. A justiça é a virtude que consiste em dar a cada um o que lhe é devido, não apenas em termos de distribuição de bens, mas também em termos de respeito aos direitos fundamentais das pessoas. Para o Doutor Angélico, “[...] o juiz dá a cada um o que lhe pertence, mandando, dirigindo” (Aquino, 2016, p. 372),

Ele argumentava que as leis humanas deveriam estar em conformidade com a lei natural para serem verdadeiramente justas. Se uma lei positiva conflitar com a lei natural, São Tomás acreditava que essa lei não seria legítima e as pessoas não estariam moralmente obrigadas a obedecê-la:

A lei escrita, assim como não dá força ao direito natural, assim também não lhe pode diminuir nem tirar a força, pois, não pode a vontade do homem mudar-lhe a natureza. E portanto, se a lei escrita contiver alguma disposição contrária ao direito natural, será injusta, nem tem força para abrigar. Pois, o direito positivo se aplica quando ao direito natural não importa que se proceda de um ou de outro como, como já provamos. E, por isso, tais leis escritas não se chamam leis, mas, antes, corrupções da lei como já dissemos. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas (Aquino, 2016, p. 392).

Tanto Aristóteles quanto São Tomás de Aquino viam a justiça como uma expressão do ordenamento moral inerente à natureza humana, e acreditavam que as leis e instituições sociais deveriam refletir

essa ordem natural para serem consideradas verdadeiramente justas. Esta perspectiva continua a influenciar o pensamento ético e legal em muitas tradições filosóficas e religiosas ao redor do mundo.

Para a escola do direito natural clássico, o direito emana da própria pessoa, em razão de sua dignidade, pois cada indivíduo possui um valor intrínseco e inalienável simplesmente por ser humano. Essa dignidade não depende de características externas como status social, riqueza, poder ou habilidades, mas é atribuída a todas as pessoas em virtude de sua humanidade.

Assim, conclui-se que só existe ordenamento jurídico, direito, justiça e leis em razão e em virtude da dignidade inerente à pessoa humana, sem a qual todos esses instrumentos não teriam fundamento.

Neste passo, investigar-se-á em seguida a essência do direito pertencente especificamente à pessoa humana, em especial, ao nascituro, no que concerne à parte que lhe pertence quando da distribuição do que é *seu*, ou seja, do seu direito, entendido na clássica sentença de Ulpiano que define o direito como “*suum cuique tribuere*”, o direito é dar a cada um o que é seu, e o “seu” como a medida da justiça. (Hervada, 2008).

## 2.3 O CONCEITO DA PESSOA HUMANA PARA A ESCOLA DO DIREITO NATURAL CLÁSSICO

Partindo da premissa de que a filosofia do direito parte da realidade jurídica conhecida como experiência e daí “[...] chega a conceitos e princípios metaempíricos contidos na realidade jurídica, como dimensão metaempírica própria” (Hervada, 2008, p. 38) e de que “na investigação filosófica elaboram-se conceitos, captam-se princípios e se estabelecem relações, que são produtos da razão, mas todos eles tem seu fundamento



real e são expressão da realidade” (Hervada, 2008, p. 38), será realizada neste capítulo uma análise da ontologia jurídica da pessoa humana.

A ontologia é a ciência que estuda o ser enquanto ser, considerando-o na sua maior universalidade, conforme ensina Santos (1957, p. 51), ao explicar o conceito segundo a *Metafísica*, de Aristóteles:

Na *Metafísica*, IV, 1, Aristóteles empregava estas palavras: “Há uma ciência que estuda o Ser enquanto ser, e seus atributos essenciais, ela não se confunde com nenhuma das outras ciências chamadas particulares, pois nenhuma delas considera o Ser em geral, enquanto ser, mas, recortando uma certa parte do ser, somente desta parte estudam o atributo essencial; como, por exemplo, procedem as ciências matemáticas.

Mas já que procuramos os primeiros princípios e as causas mais elevadas, é evidente que existe necessariamente alguma realidade à qual tais princípios e causas pertencem, em virtude de sua própria natureza. Se, pois, os filósofos, que buscavam os seres, procurassem esses mesmos princípios, resultaria daí necessariamente que os elementos do Ser são elementos deste, não enquanto acidente, mas enquanto ser. Eis por que devemos estudar as causas primeiras do Ser enquanto ser.” (Santos, 1957, p. 51).

Com efeito, a ontologia jurídica é a área da filosofia do direito que estuda o conceito de direito de uma forma profunda, inquirindo acerca do problema da essência do justo. (Villey, 2005). Pertence a um dos três grupos tradicionalmente estudados pela filosofia do direito, dentre os quais também se encontram a metodologia jurídica, que estuda o problema das fontes do direito e a axiologia jurídica, responsável pelo estudo dos princípios que governam o conteúdo do direito.

Conforme explicita o jusfilósofo Hervada, somente a pessoa humana possui a estrutura ontológica necessária para que existam a norma, o direito e, por consequência, as relações jurídicas ou de justiça.

Assim, “[...] não se pode declarar a subjetividade jurídica do ser não-pessoal, porque pertence ao mundo ajurídico, ao mundo alheio à justiça, à norma e ao direito.” (Hervada, 2008, s/n).

Segundo Hervada (2008), a pessoa em sentido filosófico, ou ontológico, advém de uma criação do pensamento teológico cristão, surgindo como consequências das disputas trinitárias e cristológicas da Antiguidade. Os antigos, ao tentar expressar precisamente “[...] a tese do Deus Uno e Trino e o Dogma do Verbo Encarnado, forma aplicados pelos representantes da ortodoxia católica às categorias de substância, essência, natureza, e, como novidade, a de pessoa.” (Hervada, 2008, p. 286).

Com isso, embora sem pretender, criava-se a acepção filosófica da palavra pessoa: uma subsistência ou ser subsistente de natureza intelectual e espiritual. (Hervada, 2008, s/n).

Para o direito natural clássico o direito fundamental à vida tem por fundamento a dignidade inerente ao indivíduo humano, que emana de sua própria existência.

Portanto, diz-se pessoa o sujeito da relação jurídica, ou de justiça, que é, ao mesmo tempo, o destinatário da norma. Disto infere-se que, para que haja incidência de determinada norma jurídica sobre um fato, é necessário que o sujeito que o realiza tenha o estatuto ontológico de pessoa.

Na concepção jurídica atual, pessoa é o “[...] ser humano dotado de personalidade civil e possuidora de direitos e obrigações. Sua existência começa desde o nascimento com vida, embora seja reconhecida a expectativa de direitos daquele que ainda se encontra no leito uterino” (França, 2022, p. 229).

Com efeito, em termos ontológicos, a pessoa humana é considerada um ser individual e autônomo, dotado de razão, consciência e livre arbítrio. No contexto jurídico, esse estatuto ontológico implica que as pessoas têm direitos e responsabilidades legais.

A maneira como a pessoa humana é vista ontologicamente tem implicações diretas sobre como essa pessoa é tratada sob a lei, quais direitos ela possui e como deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado (Hervada, 2008, s/n).

Para Hervada (2008), estudar o sujeito destinatário de direitos e deveres sobre o qual incide o ordenamento jurídico, “[...] trata-se, em suma, de estudar o protagonista – e em outro aspecto o antagonista – das relações próprias da ordem jurídica. Precisamos falar do homem, pois o direito só é declarável sobre o homem, e apenas no mundo humano ocorre a realidade jurídica.” (Hervada, 2008, p. 287).

A noção filosófico-jurídica de pessoa é, dentre todas as demais, aquela que mais atende a solução da problemática proposta, conforme considera o magistrado Fernandes (2018, p. 50):

A noção filosófica que melhor possibilita o repensar do conceito de pessoa no sentido amplo e integral, identificando-a empiricamente com o ser humano real, é aquela formulada por Boécio (*rationalitas naturae individua substantia*) e completada por Tomás de Aquino (*individuo subsistens in rationali natura*), ou seja, a pessoa é a substância individual de natureza racional.

O jurista Reale (2002, p. 207) complementa este diálogo, ao afirmar que “no homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e superamento. A natureza sempre repete, segundo a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma, nada se cria.”

Assim, conforme lições de Fernandes (2018, p. 27) consiste o embrião humano em expressão da dignidade e valor da vida humana desde seu início, devendo nisso constituir o princípio ético-normativo, isto é, o elemento fundante de cada norma que pretenda mencioná-lo.

## 2.4 O NASCITURO COMO PESSOA EM ESSÊNCIA, SEGUNDO AS CATEGORIAS ARISTOTÉLICAS

O médico legal França (2022, p. 333), sustenta que o interesse em saber se o embrião humano é “pessoa” ou “coisa” não é assunto de pura especulação, pois transcende à teoria. Para ele o que se discute “[...] não é o tamanho ou o tempo de existência de um ser humano, mas o significado que ele tem, qualquer que seja sua idade ou configuração, na transcendente respeitabilidade que exige a dignidade humana”.

Assim, é crucial esclarecer qual a situação ontológica do nascituro, independentemente dos aspectos psicológicos, sociológicos, morais e antropológicos em jogo, bem como de qualquer ganho egoísta obtido ao interromper sua vida e descartá-lo como um amontoado de células.

Esta ideia é conforme ao entendimento do jurista Reale (2002), para o qual o homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia e pela Biologia.

Mesmo que em algumas perspectivas o argumento em favor do aborto possa parecer mais agradável, correto e convincente do ponto de vista utilitário, ao considerarmos essas premissas filosóficas logicamente ponderadas, não podemos chegar à conclusão de que é justo tirar a vida de um embrião, caso ele seja reconhecido como uma pessoa humana.

Neste sentido, Hervada ao comentar sobre a ontologia da pessoa humana discorre que “a vida não é outra coisa que o ser do vivente, se há vida humana ou ser humano há indivíduo humano e, por consequência, pessoa humana”. Portanto, “[...] se não há pessoa humana, não há ser humano, nem vida humana (repetimos: a vida não é nada diferente do próprio ser do vivente).” (Hervada, 2008).

Para Aristóteles (2019), as substâncias são entidades individuais e concretas, como por exemplo objetos ou seres vivos. Os acidentes, por

outro lado, são características ou propriedades que podem pertencer a uma substância, mas não são essenciais para definir o que essa substância é. Em outras palavras, enquanto a substância representa a essência ou natureza básica de algo, os acidentes são atributos não essenciais, como cor, tamanho, forma, etc.

Para o filósofo Santos (1957), o acidente não é de outro ser que do próprio ser da substância; assim não é um ser, mas a maneira de ser de um ser, *ens entis*.

Os acidentes. Acidentes (em grego *synbebekós*, o que sucede, o que se ajunta) é o que existe em outro e não em si, o que pode desaparecer, sem que o suporte desapareça. O ser têm modos de ser e entre êsses acidente, o que lhe acontece, sem que o ser deixe de ser. O acidente é o mutável, o que muda; o que surge, sucede; a substância, o que permanece, o que fica, o que perdura. O acidente dá-se no tempo; a substância supera-o. É um conceito mais espacializante, enquanto aquêle é mais temporal.” (Santos, 1957)

Seguindo essa lógica, o estado de desenvolvimento físico-biológico de um ser humano, como o fato de ser idoso, criança, faltar-lhe um braço, uma perna, um órgão, o fato de conter em si sondas mecânicas, possuir tatuagens, ou qualquer outra modificação exterior, não o desqualifica como pessoa.

Nesse sentido, as alterações físicas constituiriam acidentes, que não são capazes de alterar a essência do ente.

Segundo Aristóteles (2019, s/n), o ente humano constitui uma unidade entre corpo e espírito, nele existe uma dimensão material-corpórea e outra, espiritual, onde reside o conhecimento racional e intelectual e que o difere dos demais entes.

Ao dizer, então, que o homem é pessoa, estamos afirmando que além de sua dimensão material-corpórea, possui uma dimensão espiritual, que é o que lhe proporciona o conhecimento racional e intelectual (Santos, 1957).

Porém, não se pode esquecer que a pessoa é uma entidade individual: *individua substantia* ou substância individual. Portanto, em sua composição corpóreo-espiritual, o homem não pode ser composto de duas substâncias ou supostos completos, pois sua substância ou *hypóstasis* é única. (Santos, 1956).

Mas, como corpo e alma têm uma ontologia diversa, a união entre espírito e corpo só é explicável como duas substâncias incompletas que formam uma substância individual composta como matéria (o corpo) e forma (o espírito ou alma). São duas dimensões do ser humano inseparáveis, que formam uma única *hypóstasis* ou subsistência – substância individual, composta, nesse caso – de modo que a separação entre uma e outra causará inevitavelmente a morte do indivíduo. “E assim como o corpo não pode viver sem o espírito, nem o espírito age se não for através do corpo [...]” (Hervada, 2008, p. 64).

Aristóteles em o *Órganón*, Da Interpretação, no capítulo IV das Categorias sustenta que, a substância não tem graus, pois é única. O que tem graus são os acidentes, nunca a substância:

Nenhuma substância, pelo que parece, apresenta graus ou admite um mais e um menos. Não quero dizer aqui que uma substância não possa ser mais verdadeiramente chamada de substância e menos verdadeiramente chamada de substância do que outras. De fato, dissemos que pode. Mas entendo que nenhuma substância como tal pode admitir graduação em si mesma (Aristóteles, 2019).

Dito isto, oportuno trazer à baila neste momento a problemática do início da personalidade humana a fim de compreendê-la sob a visão das categorias aristotélicas.

Considerando que o homem é uma substância una e harmônica, composta de matéria e espírito, sendo a substância indivisível e considerando que não sofre alteração de grau, é correto afirmar que um homem não poderá ser mais ou menos homem na comparação consigo mesmo ou com outro homem, pois “[...] este homem não é mais homem do que aquele, como uma coisa branca é mais ou menos branca do que um outro objeto branco o possa ser, ou como um objeto belo apresenta mais ou menos beleza do que outros” (Aristóteles, 2019, p. 35).

Ao discorrer acerca das características de um ente, há que se falar em graus e hierarquizações, pois tratam-se as características de meros acidentes. As qualidades num mesmo objeto são por vezes variáveis e comparáveis com os outros entes da mesma espécie quanto ao grau.

Assim, é correto dizer que um homem possa ser mais velho ou mais novo que outro, ou mais alto ou mais baixo que outro. Fala-se aqui de alterações de grau, que ocorrem ao nível dos acidentes e são irrelevantes para caracterizar a substância, nos dizeres do filósofo estagirita:

Uma substância, porém, *enquanto* substância, não é mais ou menos do que em si mesma. Um homem não é mais homem [agora] do que o foi em algum momento do passado, e isto vale para todas as demais substâncias. Por conseguinte, a substância não pode apresentar graus. (Aristóteles, 2019, s/n)

A visão aristotélico-tomista de pessoa preza pela unidade entre a substância humana, ou seja, a unidade harmônica, solidária e indissolúvel entre corpo e espírito, sendo a alma a “forma” do corpo e esta unidade

refletia-se inclusive no próprio cosmos, também dotado de inteligência e matéria. (Villey, 2007).

Com base nessas premissas, podemos concluir que a situação do nascituro, como não nascido, é mero acidente, que não altera em nada sua substância, de pessoa humana, responsável por caracterizar seu estatuto ontológico.

A conclusão lógica de todo o exposto é a seguinte: um ente ou é pessoa ou não o é. Se não o é, nunca chegará a ser, independente do estágio de desenvolvimento que alcance no decorrer de sua existência, o que implica, logicamente, na constatação contrária de que se um ente é considerado pessoa, o é desde o início de sua existência.

Se o nascituro é pessoa, então é detentor de direitos que são inerentes à sua existência, dentre os quais o direito natural à vida, que deve ser protegido desde a concepção por um ordenamento jurídico-legal justo.

Dessa forma, não se pode dizer que o aborto voluntário possui justificação racional. Isso se deve ao fato de que, considerando o ser humano como uma entidade única, o estágio de desenvolvimento do corpo e do sistema nervoso não é suficiente para negar sua identidade como ser humano.

A essência do embrião humano não difere da de um bebê já nascido. A condição de estar no útero é apenas uma circunstância acidental, um estágio, que não altera a natureza fundamental e humana da criatura gerada.

## 2.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ABORTO

O médico Delton Croce e seu filho, jurista, Delton Croce Júnior, em seu renomado Manual de Medicina Legal (2012, p. 555), definem o abortamento como o conjunto de meios e manobras empregados com o



fito de interromper a gravidez. Nesta linha, aborto (*ab ortus*, privação de nascimento) é o produto da concepção, morto ou inviável, resultante:

É a interrupção ilícita da vida endouterina, normal e não patológica, em qualquer fase de sua evolução gestatória até momentos antes do início do trabalho de parto, sendo irrelevante que a morte do produto da concepção ocorra dentro ou fora das entranhas maternas, desde que, nascido vivo, sucumba logo após, por inaptidão para a vida extrauterina. (grifos do original) (Croce, 2012, p. 558).

Cabe ressaltar que à Medicina Legal “[...] não importa o tempo gestacional em que ocorre a interrupção da prenhez, seja desde a fecundação até momentos antes do início do trabalho de parto ou o termo, no 9º mês” (Croce, 2012, p. 556).

Além disso, cumpre destacar que não há dúvidas perante a medicina de que o zigoto humano, mesmo quando ainda é formado por apenas uma única célula, possui os 46 cromossomos que apontam que ali encontra-se um ser humano, e não qualquer outro ser animal.

Desde a concepção, as células adotam a inegável carga genética de humano. Afirma o médico legal França (2022, p. 229) que a teoria geneticista admite como ser humano “[...] aquele que tem código genético definido, ou seja, a partir da concepção.

Segundo Diniz (2017, p. 22-30), no Brasil são permitidas as seguintes modalidades de aborto: (1) “o *aborto necessário* é permitido legalmente, subsistindo o delito penal e a aplicação da pena cabível quando se interromper o ciclo gravídico com o escopo de preservar a saúde da gestante”, (2) o aborto sentimental, “por ter sido a gravidez resultante de estupro, desde que sua interrupção seja provocada por médico, com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, uma vez comprovada a violência ou o delito sexual” e (3) o aborto eugênico, nos

casos de anencefalia, aprovado pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 54.

Ao concluir que o nascituro é, em essência, pessoa humana e, nesse passo, dotado de dignidade e respeito, todos os demais argumentos acerca da viabilidade de um aborto caem por terra, tendo em vista que a vida humana, ainda mais a vida de um inocente, é inviolável e deve ser protegida pelo direito, em nome da justiça.

O ser humano abortado não tem nenhuma chance de defesa. A liberdade de abortar pode ser vista nesse sentido como a liberdade dos mais fortes contra os mais fracos, sob o título floreado e acovardado de “direito reprodutivo”, “direito a interromper uma gravidez indesejada” ou “direito da mulher sobre o próprio corpo”, conforme explicitado por Martins (2019) em artigo intitulado “Direito à Vida desde a concepção *versus* aborto: Do fim do século XX aos primórdios do Século XXI”

O Papa João Paulo II (1995), na Encíclica O Evangelho da Vida, embasado por forte viés tomista, argumenta que “o direito deixa de ser tal, se não estiver fundamentado solidamente na inviolável dignidade da pessoa, pois fica submetido à vontade do mais forte. O ideal democrático só é verdadeiramente tal quando reconhece a dignidade de toda a pessoa humana.”

O Geneticista francês Jerome Lejeune (1926-1994), descobridor da Síndrome de Down, Doutor em Medicina e Ciências Biológicas e professor de Genética Fundamental da Universidade de Paris discorre acerca desta temática:

O aborto resolve o problema dos pais e não os dos filhos. Isto porque se servem das doenças detectadas nos modernos exames pré-natais para terem o direito de se ver livres de uma criança com má formação fetal para resolver seus problemas. O sofrimento causado aos pais pela má formação fetal do filho une muito o casal

tornando-o mais carinhoso entre si e com os outros (Martins, 2019).

De todo modo o Estado, através da lei, intervirá na opinião pública sobre o aborto: seja quando o governo o autoriza, seja quando o proíbe. A lei é forma opinião influenciando a gestante na hora de tomar a decisão.

Diante de todo o exposto, verifica-se que, segundo o direito natural clássico, não é a lei ou a decisão da maioria, nem a utilidade ou conveniência do caso concreto que tornarão o homicídio de um nascituro, ou, simplesmente, aborto, legítimo ou justo.

Qualquer decisão tomada nesse sentido contraria diretamente a ordem natural e a dignidade da pessoa humana, pois viola o estatuto ético-normativo inerente ao homem e que é base e fundamento de toda norma jurídica legítima.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se compreender o nascituro em seu sentido ontológico de forma a comprovar que se trata de um ser humano em essência, sujeito de direitos, de modo a concluir pela injustiça e completa ilicitude do aborto em qualquer circunstância, afastando os argumentos em prol de sua liberação.

A pesquisa realizada se caracteriza pela investigação das obras e do pensamento dos autores do realismo jurídico, com destaque para Aristóteles e Tomás de Aquino, e é pautada pelos princípios da referida escola do direito.

Este sentido metajurídico é próprio da abordagem da filosofia jurídica e amplamente estudado pelo pensamento da escola do realismo jurídico, capaz de estabelecer fundamentos sólidos quanto ao estatuto

ontológico da pessoa humana, investigando o plano do ser e delineando as bases de um sistema jurídico sólido na busca pelo justo.

Partiu-se da premissa apresentada pela Escola do Direito Natural Clássico, de que os direitos naturais, como o direito à vida, são preexistentes à norma jurídica que os tutela, pois estão presentes desde o surgimento do homem e derivam de seu estatuto ontológico.

Portanto, qualquer legislação que tenha por objetivo final atender ao justo e à defesa dos direitos humanos levará em consideração que o nascituro se trata de verdadeira pessoa humana, dotada de dignidade inerente a sua própria existência.

Dessa forma, concluiu-se que desde a concepção o homem é participante da ordem do ser e, em consequência, sujeito de direitos em qualquer ordem jurídica.

Portanto, em resposta ao problema de pesquisa e em confirmação à hipótese levantada, de acordo com a Escola do Direito Natural Clássico há o dever legal de proteção à vida humana desde a concepção.

Assim, quanto aos objetivos, a metodologia abordada pelo presente trabalho é de caráter exploratório, pois se pauta na revisão de literatura, através da análise e comparação do que se falou a respeito do tema, por uma análise que visa responder à problemática principal, reunindo características inéditas.

Também, quanto ao objetivo, tem caráter explicativo-compreensivo, pois busca desvendar a razão pela qual o nascituro deve ser encarado pelo ordenamento jurídico positivo como pessoa humana, sujeito de direitos e tutela jurisdicional, de forma a justificar a ilegalidade e a injustiça do aborto ao nascituro, conforme Contandriopoulos (1994).

Outrossim, quanto ao procedimento, a pesquisa é bibliográfica, pois abarca ampla pesquisa nas fontes filosóficas, históricas e clássicas acerca da filosofia jurídica, na medida da delimitação apresentada.

Quanto a abordagem do problema, a pesquisa é qualitativa, pois aprofunda-se em questões subjetivas do fenômeno, conforme Contandriopoulos (1994).

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 15562, 9 nov. 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. Lei 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**: seção 1, Brasília, DF, p. 13563, 16 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 6 nov. 2008. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Min. Rosa Weber). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442**. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 19 set. 2023.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**, vol. 3: IIa IIae; tradução de Alexandre Correia – Campinas/SC: Ecclesiae, 2016.

ARISTÓTELES. **Categorias**. – São Paulo: Editora Unesp, 2019.

CONTANDRIOPOULOS, A. P. *et al.* **Saber Preparar uma Pesquisa**. São Paulo-Rio de Janeiro: Hucitec/Abrasco, 1994.

CROCE, Delton. CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Ebook.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito** – 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. Ebook.

FERNANDES, André Gonçalves. **Livre para nascer**: O aborto e a lei do embrião humano. – 1 ed. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

FRANÇA. Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11 ed., Editora Guanabara Koogan Ltda.: Rio de Janeiro, 2022 (ebook).

HERVADA, Javier. **Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico**. Revista Universidad de la Sabana. Bogotá, Universidade de la Sabana, vol. 2, 1998.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto: revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Fundamental à Vida**. – 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 45 ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. – 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PAULO II, João. **Carta Encíclica *Evangelium Vitae***. Publicada em 25.05.1995. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_25031995\\_evangelium-vitae.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html). Acesso em: 20 jun. 2023.

PAULO II, João. Encíclica “**O Evangelho da Vida**”, 1995.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. – 20 ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Mario Ferreira dos. **Noologia geral: a ciência do espírito**. – 1 ed. – São Paulo: Livraria e Editora Logos Ltda., 1956.

SANTOS, Mario Ferreira dos. **Ontologia e cosmologia: a ciência do ser e a ciência do cosmos**. – 2 ed. – São Paulo: Livraria e Editora Logos Ltda., 1957.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. – 11ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2016.

SOUZA, A. S. Rolland; LIMA, M. M. Souza. **Medicina fetal**. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Med. Book, 2021.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials; notas revistas por Eric Desmons; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica Gil do Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos.** Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.



# Capítulo 05

## O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Laura Aguiar Adam

Vanderleia Rodrigues Da Silva Seidel

### 1 INTRODUÇÃO

A violência obstétrica é uma violência que atinge diversas mulheres no período gestacional e puerperal. Ocorrem diversas formas de violações de direitos fundamentais, desrespeitos e maus-tratos. Analisando o cenário brasileiro, a Fundação Perseu Abramo, em sua pesquisa Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado, concluiu que 25% das mulheres brasileiras já sofreram algum tipo de violência no momento do parto.

Mesmo com alto índice de ocorrências, muitas vezes por desconhecimento da lei e da jurisprudência, as vítimas não sabem identificar e acabam não denunciando pois, não conhecem quais são as responsabilidades dos agentes envolvidos, tornando-se assim um problema de saúde pública e social, trazendo inseguranças às mulheres.

O foco do presente capítulo é analisar o cenário da violência obstétrica no Estado de Santa Catarina, verificando o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) anterior e posteriormente a sanção da Lei Estadual nº 17.097 de 2017, a qual foi incorporada a Lei nº 18.322 de 5 de janeiro de 2022, analisando qual é seu posicionamento e quais os fundamentos legais de suas decisões, estudando os conceitos de violência obstétrica e os direitos das mulheres gestante e parturientes e

identificando quais são as consequências jurídicas da prática da violência obstétrica, diante da lacuna de sanções específicas para sua ocorrência.

Sendo assim, a importância e necessidade social e jurídica do estudo da violência obstétrica está no fato, de além de trazer conhecimento sobre esta violência é fundamental para que as mulheres conheçam seus direitos e tenham uma experiência de parto segura, livre de qualquer violência. Assim, com o estudo sobre a violência obstétrica é possível identificar as formas que esta violência se manifesta, quais são as intervenções médicas invasivas e desnecessárias. Além do mais, é uma forma de sensibilizar os profissionais da saúde e legisladores sobre a importância de debater sobre o assunto, a fim de promover ações que protejam as mulheres.

Nesse sentido, analisando e compreendendo a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que ainda não possui um posicionamento pacificado sobre o tema, desconsiderando como violência de gênero, é possível dar mais segurança às mulheres sobre seus direitos e como podem agir no caso da ocorrência desta violência, trazendo segurança jurídica nos casos denunciados.

O Tribunal de Justiça e profissionais do direito possuem um papel fundamental para o enfrentamento da violência obstétrica, pois o Poder Judiciário possui instrumentos que auxiliam no combate a esta violência que atinge tantas mulheres.

## 2 REVISÃO DE LITERATURA

A seção abordará os direitos fundamentais e reprodutivos das gestantes, realizando estudo teórico sobre a violência obstétrica, quais são suas divisões conceituais, como pode ser enquadrada como violência de gênero, quais são os dados da violência obstétrica no Brasil e a legislação que trata desta violência.

## 2.1 DIREITOS DAS GESTANTES

Ao passar dos anos, houve diversas mudanças no processo gestacional e no momento do parto. O que também se modificou ao longo do tempo foi o processo de medicalização do parto, passando a ocorrer o que pode ser apontado como pela invasão da privacidade e invalidação da vontade da gestante (Possati *et al.*, 2017). Esse apontamento ocorre pelo motivo da ocorrência de intervenções obstétricas desnecessárias, muitas vezes dolorosas, humilhantes e que prejudicam a saúde da mulher. Essa realidade é corriqueira, mesmo que cruel, revelando um grave desrespeito dos direitos humanos e das mulheres (Muniz; Barbosa, 2012 *apud* Zanardo *et al.*, 2017).

Atualmente as gestantes conquistaram o direito do parto humanizado. Esta humanização, segundo conceitua o Ministério da Saúde, “procura garantir que a equipe de saúde realize procedimentos comprovadamente benéficos para a mulher e o bebê, que evite as intervenções desnecessárias e que preserve sua privacidade e autonomia” (Brasil, 2001, p. 10).

Outro direito das gestantes foi regularizado pela Portaria n° 569 do Ministério da Saúde, a qual instituiu o Programa de Humanização no Pré-Natal e Nascimento o qual garante que toda mulher tenha direito a uma assistência humanizada durante o parto e puerpério. Este programa aborda o respeito aos direitos da parturiente, do neonato e de sua família, tratando das melhorias no acesso e qualidade do acompanhamento pré-natal e da assistência durante e após o parto (Brasil, 2000).

Por fim, há também o direito previsto na Lei n° 11.108 de 2005, a Lei do Acompanhante, que garante às grávidas o direito de acompanhamento durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto, no âmbito

do Sistema Único de Saúde, sendo direito da mulher a escolha de quem será seu acompanhante (Brasil, 2005).

## 2.2 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Violência obstétrica, segundo Andrade e Aggio (2014) trata-se do comportamento inadequado da equipe médica nos processos reprodutivos das mulheres, podendo ser por meio de abusos físicos ou emocionais, tratamento não consensual ou com retirando o direito da grávida de optar pelo parto normal, induzindo procedimentos cirúrgicos desnecessários.

Diante dos conceitos de violência obstétrica e da falta de lei federal que tipifique a violência obstétrica, a doutrina elaborou sua tipificação própria para a abordagem das modalidades desta violência, dividindo-a em: caráter físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático (Brasil, 2012).

Primeiramente, a Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, conceitua as modalidades de violência obstétrica: “[...] ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas” (Brasil, 2012, p. 60).

Diante deste primeiro conceito, entendessemos que qualquer ação realizada pelos profissionais da saúde que não se seja baseada em recomendações científicas e que cause algum tipo de dano físico ou de alguma forma cause dor a mulher, independente se sua intensidade é caracterizada como violência obstétrica de caráter físico. Alguns exemplos são a manobra de Kristeller e cesariana eletiva sem indicação clínica.

Já a violência em caráter psicológico é caracterizada como:

Caráter psicológico: toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuação, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio (Brasil, 2012, p. 60).

No momento da gestação, do parto ou no pós-parto, toda ação comportamental ou verbal que faça com que a mulher se sinta vulnerável, seja por insegurança, medo, ou qualquer outro sentimento que a faça sentir inferior, é um tipo de violência obstétrica.

Outra modalidade é a de caráter sexual, sendo conceituada como:

Caráter sexual: toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo (Brasil, 2012, p. 60).

Dessa forma, qualquer ação pelos profissionais no período gestacional que viole a integridade sexual e reprodutiva da mulher, caracteriza-se como uma violência. Alguns exemplos dessas ações são os exames de toque invasivos e o assédio.

A violência de caráter institucional são,

[...] ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada (Brasil, 2012, p. 61).

Esta modalidade de violência obstétrica trata-se de atitudes e serviços relacionadas com a má organização, que obstruam a constituição

dos direitos das mulheres, como por exemplo o impedimento a amamentação e ao acesso digno à saúde.

A quarta modalidade de violência obstétrica é a de caráter material, a qual possui o seguinte conceito:

Caráter material: ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica (Brasil, 2012, p. 61).

Nesta modalidade, como descreve o conceito, as ações que tenham como objetivo apenas a obtenção de recursos financeiros da mulher é uma violência contra seus direitos. As cobranças indevidas por planos de saúde é um exemplo simples e uma violência tão grave.

A última modalidade da violência obstétrica é a de caráter midiático, sendo conceituada como:

Caráter midiático: são as ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contra-indicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação (Brasil, 2012, p. 61).

Nesta modalidade, fica caracterizada por ações praticadas pelos meios de comunicação, por meio das mídias, as quais violam psicologicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas. Exemplos são apologia à cesariana por motivos vulgarizados e incentivo ao desmame precoce.

Diante desta seção, verifica-se que há diversos tipos de violência obstétrica, cada uma com suas peculiaridades, desde a que afeta a mulher psicologicamente, quanto fisicamente.

### 2.2.1 Caracterização como violência de gênero

Após conceituar violência obstétrica, e entender quando ocorre e quais ações podem ser consideradas como desrespeitosas e invasivas as mulheres gestantes, parturiente e puérperas, é necessário compreender como ela se encaixa como violência de gênero.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher conceitua que “a violência contra a mulher constitui ofensa contra a dignidade humana e é manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”. Esta Convenção também entende que a violência de gênero sendo “violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Brasil, 1996).

Assim, a violência obstétrica se enquadra na violência de gênero tendo suas características baseadas nas sociedades patriarcais, que desqualificam as mulheres. Além da vulnerabilidade por serem mulheres, alguns grupos são mais vulneráveis às práticas de violência obstétrica, visto que está associada a fatores como idade, escolaridade, classe social e etnia. O grupo mais afetado por esta violência são as mulheres negras, de baixa renda, baixa escolaridade e usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS) (Ribeiro, 2017).

Por fim, em muitos casos esta violência não é reconhecida pela vítima, devido à relação desproporcional entre ela e o profissional da saúde, tendo em vista que este possui todo conhecimento necessário do

parto, sendo a mulher a coadjuvante, diminuindo assim sua autonomia acerca das decisões sobre seu corpo, não dando a ela a possibilidade de se opor em casos de abusos (Ribeiro, 2017).

## 2.2.2 Dados da violência obstétrica no Brasil

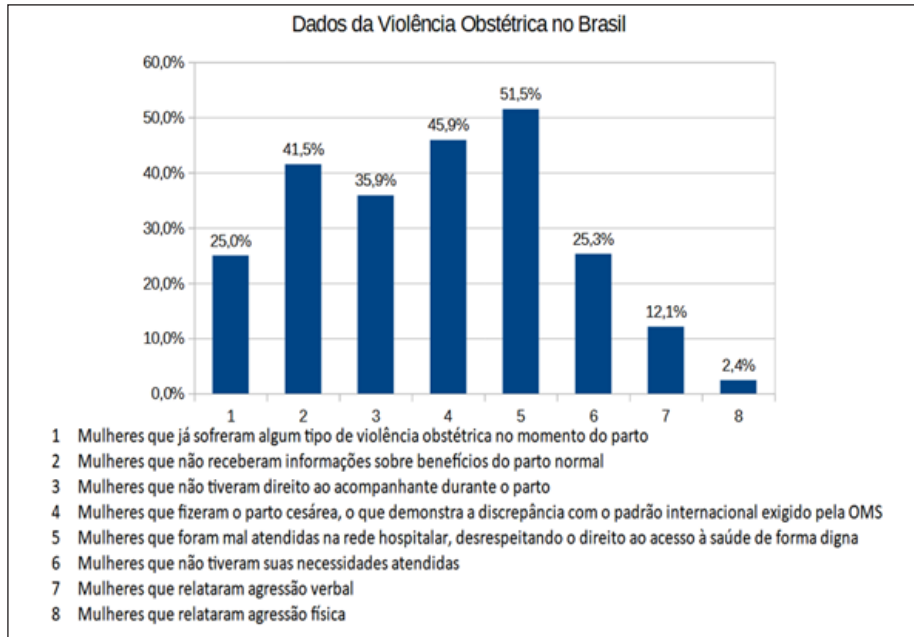
A violência obstétrica é uma prática que ocorre nos ambientes hospitalares, porém é um assunto pouco abordado. O excesso de intervenções no parto tem sido reportado como violência obstétrica, contribuindo para os índices elevados de morbimortalidade materna e neonatal, ocorrendo por meio de agressões físicas e verbais, restrição da presença de um acompanhante durante o parto e a procedimentos intervencionistas sem o consentimento da gestante (Lansky *et al.*, 2019).

Analisando o cenário brasileiro, a Fundação Perseu Abramo, em sua pesquisa Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado (2010), chegou ao resultado alarmante de que 25% das mulheres já sofreram algum tipo de violência obstétrica no momento do parto.

Diante desse dado, o Ministério da Saúde divulgou que após a coleta de dados pela ouvidoria, segue gráfico demonstrativo destes dados do estudo da violência obstétrica no Brasil (Ministério da Saúde, 2012):



Gráfico 1 – Dados da Violência Obstétrica no Brasil



Fonte: Ministério da Saúde (2012).

Em face do exposto, é nítido que o Brasil necessita de mudanças que garantam e assegurem os direitos das mulheres, visto que a violência obstétrica segue sendo um desafio a ser combatido em nosso território e que até o momento há falta de tipificação legal específica.

## 2.3 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E CATARINENSE

Essa seção tratará das questões de como o judiciário brasileiro e catarinense tratam a violência obstétrica, quais são suas previsões legais, lacunas legislativas e como preenchem estas lacunas em suas decisões judiciais.

### 2.3.1 Violência obstétrica na legislação brasileira

O sistema jurídico brasileiro possui uma lacuna no âmbito federal quando se trata de violência obstétrica. Esta lacuna na legislação federal é suprida pelas legislações estaduais, tendo dezoito estados e o Distrito Federal que regulamentaram sobre da violência obstétrica. Porém, apenas as legislações estaduais não são capazes de punir plenamente os agentes (Brasil, 1940).

Diante da lacuna de lei federal específica, o cometimento da violência obstétrica é enquadrado nos crimes já previstos na legislação brasileira, respondendo o agente criminalmente, no qual é utilizado como base da responsabilização do agente o Código Penal, sendo os crimes mais comuns no âmbito da violência obstétrica o estupro, injúria e lesão corporal, de leve a gravíssima, e civilmente com a responsabilidade civil pelo ato (Menezes, 2022).

No âmbito da responsabilidade civil dos agentes de saúde que praticam esta violência, estes podem e devem ser responsabilizados pelos seus atos. A responsabilidade dos médicos é subjetiva, ou seja, decorre da comprovação de culpa, podendo ser uma conduta culposa, ou seja, quando age com imprudência, negligência ou imperícia, e dolosa, que ocorre quando existe a intenção de causar o dano (Oliveira, 2008).

A responsabilidade civil encontra base nos artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002. Este dispositivo é aplicável nos casos de violência obstétrica em que há danos causados pelo médico a paciente, independente se o dano for moral, material ou estético, existe a obrigação de repará-lo civilmente (Brasil, 2002).

Para a responsabilização do profissional da saúde é preciso que estejam presentes os pressupostos da responsabilidade civil, sendo eles: a conduta, que trata da ação ou omissão contra uma pessoa, neste caso a

mulher, contra seus bens, sua honra ou um descumprimento de obrigação (Rizzardo, 2013, *apud* Réus, 2019).

O segundo pressuposto é o dano, sendo ele patrimonial ou extrapatrimonial, sendo que é o dano o ato punível (Rizzardo, 2013, *apud* Réus, 2019). Nessa linha, deve haver o nexo de causalidade entre todos os atos, ou seja, a conduta e o dano devem estar relacionados para gerar o dever de indenizar (Gonçalves, 2013, *apud* Réus, 2019).

Por fim, o último pressuposto é a culpa, sendo este o elemento que liga a ação ou omissão a conduta. A culpa do agente pode se manifestar de maneira dolosa e proposital ou culposa, quando não existe a intenção, porém mesmo assim causa o dano (Brito, 2011, *apud* Réus, 2019)

Atualmente no Brasil, a única legislação em esfera federal que garante direitos a parturiente é a lei do acompanhante, Lei nº 11.10819, já citada anteriormente, a qual tem como objetivo garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante de sua escolha no momento do parto e pós-parto imediato, no âmbito Sistema Único de Saúde. Porém, mesmo com previsão federal desse direito, é corriqueiramente desrespeitado pelos profissionais da área saúde, o que é agravado pelo eventual desconhecimento do direito por parte da parturiente (Rodrigues *et al.*, 2017).

### 2.3.2 Lei 18.322 de 2022 de Santa Catarina

Diante da ausência de legislação federal que trate da violência obstétrica e tipifique sua prática, esta lacuna causa grande insegurança jurídica, o que quando relacionado com o baixo índice de denúncias das vítimas desta violência, vem dificultando cada dia mais a responsabilização dos ofensores (Menezes, 2022).

A lacuna causada por falta de lei federal, vem sendo preenchida pelos estados. No estado de Santa Catarina, este sancionou a Lei nº 18.322/22 que consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Na questão da violência obstétrica, o capítulo V prevê medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica (Santa Catarina, 2022).

O artigo 34 da referida Lei, traz um conceito de violência obstétrica, o qual conceitua que violência obstétrica é “todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério” (Santa Catarina, 2022). O artigo 35 por sua vez, destaca as inúmeras condutas que se enquadram como violência obstétrica, sendo algumas delas:

Art. 35 [...]

I – tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido;

[...]

IV – não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto;

[...]

VI – fazer a gestante ou parturiente acreditar que precisa de uma cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam ela e o bebê;

VII – recusar atendimento de parto, haja vista este ser uma emergência médica;

VIII – promover a transferência da internação da gestante ou parturiente sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local;

IX – impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o trabalho de parto;

[...]

XI – submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional;

XII – deixar de aplicar anestesia na parturiente quando esta assim o requerer;

[...]

XV – fazer qualquer procedimento sem, previamente, pedir permissão ou explicar, com palavras simples, a necessidade do que está sendo oferecido ou recomendado;

XVI – após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto;

[...]

Em consonância, o artigo 36 determina a elaboração da Cartilha dos Direitos da Gestante e da Parturiente pela Secretaria de Saúde, as quais conterão todas as informações acerca do atendimento hospitalar digno e humanizado, cientificando as mulheres sobre seus direitos, buscando erradicar a violência obstétrica. Com o mesmo objetivo de acabar com os casos de violência obstétrica, o artigo 37 prevê ações de conscientização que os hospitais devem ter para informar as condutas ofensivas as gestantes e como pode ser feita a denúncia de sua prática (Santa Catarina, 2022).

Para finalizar o capítulo sobre as medidas de informação e proteção, o artigo 38 traz uma importante previsão, a qual determina que as fiscalizações das previsões desta Lei serão fiscalizadas pelos órgãos públicos dentro de suas competências, sendo os mesmos responsáveis pela aplicação das sanções, porém apenas no âmbito administrativo (Santa Catarina, 2022).

O sancionamento da Lei 18.322/22 se mostrou de grande valia na busca da erradicação da violência obstétrica, trazendo informações para as mulheres e toda sociedade. Todavia, é preciso verificar os julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina está em conformidade com a Lei, ou difere em alguns pontos e como se fundamenta as punições dos agressores.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Considerando o objetivo do presente artigo que é analisar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina sobre a violência obstétrica, foi adotado a metodologia de pesquisa qualitativa, de caráter exploratório e documental.

A metodologia escolhida enquadra-se como exploratória, tendo em vista que estudara o posicionamento do Tribunal, diante das lacunas legais que permeiam a violência obstétrica, sendo necessário compreender o posicionamento e os fundamentos do Tribunal de Justiça do Estado.

A pesquisa exploratória, segundo Gil (2008) é a que busca trabalhar com um assunto pouco explorado, tornando-se uma pesquisa específica, havendo análise de exemplos que auxiliam na compreensão do problema da pesquisa (Augusto *et al.*, 2014). Assim, tendo em vista que a violência obstétrica ainda é um tema pouco discutido, faz-se importante investigar o posicionamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto a violência obstétrica, analisando suas jurisprudências e as doutrinas sobre o tema.

Ademais, o procedimento utilizado foi documental, pois a pesquisa baseou-se na coleta de dados doutrinários, documentais, bem como da análise da legislação e dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Quanto ao procedimento documental, os pesquisadores Ludke e Andre (1986) conceituam que esta metodologia revela aspectos

novos sobre determinado problema, complementando informações que permitem obtenção de novos dados (Augusto *et al.*, 2014).

Nesse sentido, a pesquisa é classificada como qualitativa, pois seu foco é abordar a jurisprudência do Tribunal especificamente sobre a violência obstétrica, a partir da leitura das decisões sobre o tema, quais foram os fundamentos e como foram preenchidas as lacunas legislativas. Creswell (2007) destaca que a pesquisa qualitativa possui dados predominantemente descritivos, possuindo como foco estudar um problema verificando como ele manifestasse nos procedimentos e no dia a dia (Augusto *et al.*, 2014).

Dessa forma, estabelecido o procedimento metodológico, para determinar a escolha das decisões analisadas foram utilizadas as palavras chaves “violência obstétrica”, filtrando apenas por julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tendo sido utilizado o site oficial do JusBrasil, e verificadas as datas que foram proferidas as decisões, tendo em vista que foram analisadas jurisprudências anteriores e posteriores a Lei n. 18.322/2022.

## 4 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

No Brasil, não há legislação federal que aborde a violência obstétrica, tampouco há tipificação desta violência como um crime. Diante da omissão federal, o Estado de Santa Catarina legislou a Lei n. 18.322 de 5 de janeiro de 2022, a qual prevê os casos que são considerados violência obstétrica.

Realizada a contextualização da violência obstétrica desde seu conceito a legislação estatual, ainda permeia a dúvida de como o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se posiciona diante da lacuna legislativa

que há nos casos de violência obstétrica e qual são os instrumentos e analogias utilizadas pelo Tribunal para suprir tal lacuna.

O ponto de partida é entender que o judiciário necessita utilizar-se de normas já existentes como Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, Código Penal Brasileiro e de legislações específicas como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e Lei n. 11.108/2005 (Lei do Acompanhante), para julgar os casos de violência obstétrica.

Diante deste panorama, analisou-se jurisprudências do Tribunal de Justiça de Santa Catarina para compreender quais são as normais e fundamentos utilizados pelo Tribunal para proferir decisões nos casos desta violência.

No presente artigo, foram analisados os seguintes julgados:

Quadro 1 – Julgamentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Julgamentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina					
Recurso	Processo	Relator	Fatos	Pedidos	Decisão
Apelação Cível	0312724-89.2016.8.24.0023	Des. João Henrique Blasi	Realização da manobra de Kristeller	Indenização por danos morais e estéticos e pensão mensal vitalícia	Recurso provido em parte
Apelação Cível	0001069-83.2010.8.24.0063	Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade	Erro médico no parto gemelar e óbito dos bebês	Indenização por danos morais	Recurso conhecido e desprovido
Apelação Cível	0021886-26.2012.8.24.0023	Des. Pedro Manoel Abreu	Laceração do períneo em grau 3 e 4 e violência obstétrica durante o parto	Indenização por danos morais	Recurso conhecido e desprovido
Apelação Cível	0823747-77.2013.8.24.0023	Des. Cláudia Lambert de Faria	Negligência médica no pós-parto	Reparação por danos morais	Recurso conhecido e desprovido
Apelação Cível	1022397-70.2013.8.24.0023	Des. Pedro Manoel Abreu	Laceração do períneo em grau 2	Indenização por danos morais	Recurso conhecido e desprovido



Julgamentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina					
Recurso	Processo	Relator	Fatos	Pedidos	Decisão
Apelação Cível	313789.2004.031378-9	Des. Jaime Ramos	Demora na realização de cesariana recomendada diante do parto difícil e sofrimento fetal por falta de oxigênio (hipóxia)	Indenização por danos morais e materiais	Recurso conhecido e desprovido
Apelação Cível	0007630-10.2010.8.24.0036	Des. Haidée Denise Grin	Imprudência e imperícia do médico na realização do parto normal	Indenização por danos morais e materiais	Recurso conhecido e desprovido
Apelação Cível	0308205-95.2017.8.24.0036	Des. Jaime Ramos	Lesão de paralisia de membro superior em direito em recém-nascida decorrente da atuação médica durante o parto	Ação de obrigação de fazer e indenizatória	Recurso conhecido e desprovido

Fonte: as autoras.

## 4.1 AUTOS QUE OCORREU MANOBRA DE KRISTELLER

A apelação n. 0312724-89.2016.8.24.0023 (Santa Catarina, 2019d), foi o único analisado em que o caso envolve a ocorrência da manobra de Kristeller. Nestes autos, os apelantes buscam a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, estéticos e pensão mensal vitalícia.

Na leitura no inteiro teor da decisão do Tribunal, o qual proveu em parte o recurso, seguindo o parecer do Ministério Público de Santa Catarina, primeiramente decidiu que o fato da equipe médica ter optado por realizar a manobra que causa sofrimento a gestante, mesmo sabendo que é recomendada apenas como última opção, conforme laudo médico realizado no processo.

Diante deste fato, o Tribunal considerou que ficou caracterizada a violência obstétrica no caso, enseja o dever de indenizar a gestante, por

dano moral, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), baseado no binômio razoabilidade e proporcionalidade.

Entretanto, quanto aos pedidos de indenização por danos estéticos e pensão vitalícia, a corte decidiu que não houve comprovação do nexo causal de que a condução da equipe médica causou falta de oxigenação do bebê, causando-lhe sequelas físicas, ou seja, estes pedidos foram negados provimentos.

## 4.2 CASOS QUE OCORRERAM LACERAÇÕES DO PERÍNEO

As apelações n. 0021886-26.2012.8.24.0023 (Santa Catarina, 2019b) e 1022397-70.2013.8.24.0023 (Santa Catarina, 2018) tiveram como fatos narrados pelos apelantes a ocorrência de lacerações do períneo, buscando a condenação do apelado na indenização por danos morais.

Primeiramente, é necessário esclarecer que laceração do períneo é “caracteriza-se por rasgadura com ruptura parcial ou total dos tecidos perivaginais e/ou perineais podendo ocorrer ou não associado com descolamento e/ou avulsão nas estruturas anatomofuncionais do assoalho pélvico (Riva; Minini, 2016 *apud* Gomes, 2022).

Já na análise das decisões, ambas concluíram que apesar do sofrimento das gestantes com a laceração no parto, não houve provas de que teve algum tipo de negligência, imperícia ou imprudência do grupo médico durante o parto, ou seja, não houve falha na prestação do serviço.

Além do mais, pelas decisões proferidas, a base para declarar que não houve nexo causal entre a conduta e as lacerações, foram os laudos periciais realizados, os quais concluíram que a laceração pode ocorrer em partos normais.

Diante disso, o TJSC concluiu que os casos não se enquadram como violência obstétrica, pois os procedimentos adotados foram

adequados e a apelante não comprovou a ocorrência de erro médico, não cabendo assim indenização por danos morais.

### 4.3 ERRO MÉDICO DURANTE O PARTO

Dos recursos analisados, havia apelações em que os apelantes narraram erros médicos durante o parto, sendo eles os autos n. 0001069-83.2010.8.24.0063 (Santa Catarina, 2019c) que narrou a ocorrência falta de higiene nos exames realizados e de imprudência dos médicos quanto aos remédios dados a gestante, o que teria ocasionada a morte de um dos bebês, requerendo a condenação da ré em danos morais.

Já os autos n. 0007630-10.2010.8.24.0036 (Santa Catarina, 2023b) narraram que a gravidez da apelante exigia cesariana e mesmo a gestante requerendo sua realização a equipe médica não atendeu o pedido, o que ocasionou lesão física ao bebê, requerendo assim indenização por danos morais e materiais.

A terceira apelação analisada que relatou erro médico durante o parto foi os autos n. 0308205-95.2017.8.24.0036 (Santa Catarina, 2023a), no qual os apelantes relataram que o houve erro médico que ocasionou lesão permanente de paralisia de membro superior em direito em recém-nascida, pugnando por perdas e danos.

Em todos os julgamentos, o Tribunal de Justiça a responsabilidade era subjetiva dos médicos e dos hospitais privados, ou seja, era necessário a comprovação de culpa para gerar o dever de indenizar.

Nas decisões, foi relatado que os apelantes não comprovaram o nexo de causalidade e que segundos os laudos as equipes médicas agiram de acordo com os procedimentos médicos adequados, não tendo sido caracterizado a culpa dos agentes e a ocorrência de violência obstétrica.

## 4.4 ERRO MÉDICO PÓS-PARTO

Os recorrentes da apelação n. 0823747-77.2013.8.24.0023 (Santa Catarina, 2019a) narraram que a apelante relatou dores após o parto, porém foram negligenciadas pelos médicos, sendo constatada posteriormente fraturas nas costelas.

Ademais, em sua apelação, a parte autora alegou a ocorrência da manobra de Kristeller, porém esta alegação não foi analisada, tendo em vista que a parte não questionou ao perito para que fosse analisado no prontuário médico.

Já na análise do mérito, o laudo pericial foi essencial, pois foi realizado exame ortopédico que atestou que as fraturas ocorreram 12 (doze) dias após o parto, ou seja, comprovou que não houvenexo causal entre a fratura e a ação médica, inexistindo qualquer falha na prestação do serviço hospitalar, sendo inexistente a violência obstétrica narrada.

## 4.5 APELAÇÃO QUE BUSCOU REFORMA DA DECISÃO DO JUIZ SINGULAR

Nos autos n. 313789.2004.031378-9 (Santa Catarina, 2005), foi alegado pelos apelantes que o parto era difícil e exigia a realização de cesariana, todavia não foi realizada, causando sofrimento fetal com hipóxia e as consequências foram sequelas físicas e mentais no bebê, que faleceu com 3 (três) anos de idade.

A sentença do juiz *a quo* condenou o apelado ao pagamento de danos morais de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) à gestante e R\$

26.000,00 (vinte e seis mil reais) ao genitor. Porém, as partes recorreram requerendo a majoração da indenização.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina não deu provimento ao recurso, baseado que a sentença proferida respeitou o binômio razoabilidade e proporcionalidade e fundamentou-se corretamente no laudo pericial que comprovou onexo causal entre a conduta errônea da equipe médica, que não seguiu as técnicas adequadas que a situação exigia, tendo em vista o trabalho de parto difícil e prolongado, ocasionando lesões físicas e mentais permanentes na criança.

Dessa forma, foi comprovada a violência obstétrica, não tendo sido observados procedimentos médicos necessários e causando sofrimento desnecessário ao bebê e à gestante.

Nesse contexto, após as análises dos julgamentos de casos de violência obstétrica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é considerado a culpa das partes, nexo causal entre a conduta e a consequência e quais são as responsabilizações das partes envolvidas no caso.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu examinar o posicionamento Tribunal de Justiça de Santa Catarina em relação aos casos de violência obstétrica ocorridos no estado, os quais foram submetidos a apreciação do Poder Judiciário tanto antes quanto depois da aprovação da Lei n. 18.322/2022, a partir da análise de jurisprudência, ou seja, uma pesquisa qualitativa, exploratória e documental.

Diante desta violência que viola os direitos das mulheres, mostra-se necessário estudar e analisar os posicionamentos do poder judiciário, para difundir o conhecimento acerca da violência obstétrica às mulheres

e que elas estejam cientes de seus direitos, assegurando uma experiência de parto segura e livre de violência.

Para atingir uma análise aprofundada do posicionamento do TJSC, foram estudados os conceitos de violência obstétrica e os direitos das mulheres gestante e parturientes, compreendida as disposições da Lei n. 18.322 de 5 de janeiro de 2022 e identificadas as consequências jurídicas da prática da violência obstétrica, diante da lacuna de sanções específicas para sua ocorrência.

Com isso, a hipótese de que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina não possui um posicionamento pacificado nos julgamentos de casos submetidos a sua apreciação se confirmou.

Isso porque, a pesquisa jurisprudencial revelou que apesar do Estado de Santa Catarina ter sido pioneiro na elaboração de uma lei específica voltada para a violência obstétrica, a Lei n. 17.097/17 e posteriormente introduzida na Lei n. 18.322/22, é possível verificar que os tribunais catarinenses não têm aplicado essa legislação, resultando em decisões que não reconhecem práticas abusivas como sendo violência obstétrica.

Na análise das decisões dos tribunais do estado, mesmo com a vítima alegando ter sofrido violência, as decisões têm sido tratadas como erro médico, analisando-se apenas a responsabilidade civil prestadora de serviço e da equipe médica e o dever de indenizar a gestante as partes que sofrem diretamente com o ocorrido. Estas decisões, muitas vezes acabam por minimizar a gravidade do fato, dificultando o acesso à justiça para as mulheres que buscam reparação após terem sofrido algum episódio de violência obstétrica.

Dos casos analisados, a única prática, que quando utilizada, evidenciou de plano a violação de direitos da gestante e do neonato, foi a Manobra de Kristeller que culminou na reforma da decisão nos autos da Apelação Cível n. 0312724-89.2016.8.24.0023 (Santa Catarina, 2019d).

O entendimento jurisprudencial, exige extensa produção probatória, demonstração de nexos causal entre as condutas adotadas pela equipe médica e as consequências sofridas pelas vítimas, a qual baseasse quase que integralmente no laudo pericial do processo originário, evidenciando a dificuldade de responsabilização dos agentes envolvidos.

Diante do exposto, enquanto não sejam supridas as lacunas legislativas sobre o assunto e consolidado entendimento jurisprudencial sobre as condutas caracterizadoras da violência obstétrica e os requisitos para sua comprovação, permeia a insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. **Violência obstétrica: a dor que cala**. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas. Paraná, 2014. Disponível em: [http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3\\_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf](http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/GT3_Briena%20Padilha%20Andrade.pdf). Acesso em: 09 maio 2023.

AUGUSTO, Cleiciele Albuquerque *et al.* Pesquisa Qualitativa: rigor metodológico no tratamento da teoria dos custos de transação em artigos apresentados nos congressos da Sober (2007-2011). **Revista de Economia e Sociologia Rural (RESR)**, Piracicaba, v. 51, n. 4, p. 745-764, fev. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/resr/a/zYRKvNGKXjb-DHtWhqjxMyZQ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 29 maio 2023.

BRASIL. Decreto no 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, Brasília, DF, p. 14471, 02 ago. 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm). Acesso em: 09 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção1, Brasília, DF, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Lei n. 11.108, de 07 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. **Diário Oficial da União**: seção1, Brasília, DF, Brasília, DF, p. 1, 8 abr. 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.htm). Acesso em: 08 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção1, Brasília, DF, Brasília, DF, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resultados preliminares da pesquisa de satisfação com mulheres puérperas atendidas no Sistema Único de Saúde - SUS, maio a outubro de 2012**. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Ouvidoria Geral do SUS. Brasília, DF. Disponível em: [https://saudenacomunidade.files.wordpress.com/2014/05/relatorio\\_pre\\_semestral\\_rede\\_cegonha\\_ouvidoria-sus\\_que-deu-a-notc3adcia-de-64-por-cento-sem-acompanhantes.pdf](https://saudenacomunidade.files.wordpress.com/2014/05/relatorio_pre_semestral_rede_cegonha_ouvidoria-sus_que-deu-a-notc3adcia-de-64-por-cento-sem-acompanhantes.pdf). Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 569**, de 1 de junho de 2000. Dispõe sobre o Programa de Humanização no Pré-natal e nascimento. Brasília, DF, 2000. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/gm/2000/prt0569\\_01\\_06\\_2000\\_rep.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/sau-delegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html). Acesso em: 08 maio 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Parto, aborto e puerpério**: assistência humanizada à mulher. Brasília, 2001. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_13.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf). Acesso em: 08 maio 2023.



BRASIL. Senado Federal. **Parto do Princípio. Dossiê da Violência obstétrica**: parirás com dor. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 09 maio 2023.

GOMES, Luciana Mamede. **Fatores de Risco Associados à Laceração Perineal**: Uma Análise Baseada nos dados do Inquérito Nascer no Brasil. 2022. 143 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Coletiva, Fundação Oswaldo Cruz Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira, Rio de Janeiro, 2022. Disponível em: [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/59288/luciana\\_gomes\\_iff\\_mest\\_2022.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/59288/luciana_gomes_iff_mest_2022.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 02 out. 2023.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**. 2010. Disponível em: [https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra\\_0.pdf](https://fpabramo.org.br/publicacoes/wp-content/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf). Acesso em: 02 abr. 2023.

LANSKY, Sônia *et al.* Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S.L.], v. 24, n. 8, p. 2811-2824, ago. 2019. Disponível em: <https://scielo.org/pdf/csc/2019.v24n8/2811-2824/pt>. Acesso em: 10 maio 2023.

MARQUES, Sílvia Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, [s. l.], n. 9, p. 97-119, mar. 2020. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/glauciacruz,+05\\_585\\_Viol%C3%Aancia+obst%C3%A9trica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/glauciacruz,+05_585_Viol%C3%Aancia+obst%C3%A9trica%20(1).pdf). Acesso em: 04 abr. 2023.

MENEZES, Bárbara Stefany Minosso. **Violência Obstétrica**: Verificação da Prestação Jurisdicional do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Relativamente à Violência Obstétrica. 2022. 82 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/27117/1/TCC%20.pdf>. Acesso em: 11 maio 2023.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. A responsabilidade civil por erro médico. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitocivil/a-responsabilidade-civil-por-erro-medico/>. Acesso em: 11 maio 2023.

POSSATI, Andrêssa Batista *et al.* Humanização do parto: significados e percepções de enfermeiras. **Escola Anna Nery**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, p. 1-6, ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ean/a/VVsfXjcBCgnXBYVNf7m68XS/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 maio 2023.

RÉUS, Luana da Silva. **A Responsabilidade Civil Médica em casos de Violência Obstétrica**: Uma Análise da Jurisprudência e da Legislação Catarinense. 2019. 55 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense - Unesc, Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/7109/1/LUANA%20DA%20SILVA%20R%c3%89US.pdf>. Acesso em: 11 maio 2023.

RIBEIRO, Patrícia Brito. **Significados da maternidade para mulheres que vivenciaram a violência obstétrica**. 2017. 123 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Programa de Pós-Graduação em Psicologia – Ppgpsi, Universidade Federal da Bahia – Ufba, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/24060/1/Disserta%20c3%a7%20a3%20vers%20final.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

RODRIGUES, Diego Pereira *et al.* O DESCUMPRIMENTO DA LEI DO ACOMPANHANTE COMO AGRAVO À SAÚDE OBSTÉTRICA. **Texto & Contexto - Enfermagem**, [S.L.], v. 26, n. 3, p. 1-10, 21 ago. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tce/a/4Qm774mp8J5P7CTBkVpkFVf/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 maio 2023.

SANTA CATARINA. Lei nº 18.322, de 5 de Janeiro de 2022. Consolida as Leis que dispõem sobre Políticas Públicas de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. **Diário Oficial do Estado**, Santa Catarina, Florianópolis. 6 jan. 2022. Disponível em: [http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2022/18322\\_2022\\_lei.html](http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2022/18322_2022_lei.html). Acesso em: 02 abr. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 08237477720138240023**. Capital 0823747-77.2013.8.24.0023, Relator: Cláudia Lambert de Faria, Data de Julgamento: 10/09/2019, Quinta Câmara de Direito Civil. 2019a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/762546681>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 00218862620128240023** Capital 0021886-26.2012.8.24.0023, Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 23/07/2019, Primeira Câmara de Direito Público. 2019b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/736230147>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 00010698320108240063** São Joaquim 0001069-83.2010.8.24.0063, Relator: Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Data de Julgamento: 05/09/2019, Sétima Câmara de Direito Civil. 2019c. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/762548968>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 03127248920168240023** Capital 0312724-89.2016.8.24.0023, Relator: João Henrique Blasi, Data de Julgamento: 08/10/2019, Segunda Câmara de Direito Público. 2019d. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/767565454>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 10223977020138240023** Capital 1022397-70.2013.8.24.0023, Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 25/09/2018, Primeira Câmara de Direito Público. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/631032152>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **AC: 313789 SC 2004.031378-9**, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 02/08/2005, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2004.031378-9, de Lages. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/5368308/inteiro-teor-11693873>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **APL: 03082059520178240036**, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 14/03/2023, Terceira Câmara de Direito Público. 2023a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1783174156/inteiro-teor-1783174158>. Acesso em: 25 ago. 2023.

SANTA CATARINA.TJ-SC - **APL: 00076301020108240036**, Relator: Haidée Denise Grin, Data de Julgamento: 18/05/2023, Sétima Câmara de Direito Civil. 2023b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1840386936/inteiro-teor-1840386938>. Acesso em: 25 ago. 2023.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho *et al.* Violência Obstétrica no Brasil: Uma Revisão Narrativa. **Psicologia & Sociedade**, Porto Alegre, v. 29, n. 0, p. 1-11, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 02 maio 2023.

# Capítulo 06

## DA (IN)EFICÁCIA DA MEDIAÇÃO ANTECEDENTE ÀS EMPRESAS QUE PREENCHEM OS REQUISITOS LEGAIS PARA REQUERER RECUPERAÇÃO JUDICIAL

José Marcio Vorel  
Marcelo Ricardo Weber

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo aborda a relevância e efetividade do procedimento de mediação antecedente para empresas que passam por dificuldades financeiras e econômicas e que preenchem os requisitos para ingressar com o pedido de recuperação judicial.

Inicialmente, cumpre mencionar que o processo de recuperação judicial de empresas tem como principal objetivo a superação da crise econômico-financeira da pessoa jurídica, para possibilitar a manutenção da fonte produtora e do emprego dos trabalhadores, bem como o pagamento de todos os credores, de modo a preservar a sociedade empresária e a sua função social.

Em que pese muitas pessoas acreditem que o instituto da recuperação judicial sirva tão somente como forma de blindagem de patrimônio e fraude contra credores, é necessário destacar que o soerguimento da sociedade empresária, dentre outros efeitos, mantém a subsistência de muitas famílias que dependem direta e indiretamente do salário oriundo da empresa insolvente.

Contudo, embora a recuperação judicial seja importante e relevante para toda a sociedade, o processo é demasiado moroso, o que implica na demora para pagamento dos credores e, ainda, no congestionamento do Poder Judiciário.

Assim, analisou-se, no presente artigo, a inovação trazida pela Lei n. 14.112/2020, que acrescentou, dentre outros, os artigos 20-A, 20-B, 20-C e 20-D à lei de falência e recuperações, destacando-se, em especial, a possibilidade de instauração do procedimento de mediação antecedente com todos os credores da empresa, com a alternativa de se requerer suspensão das execuções existentes contra a devedora durante o período de 60 (sessenta) dias.

Dessa maneira, a pesquisa foi realizada de modo a demonstrar se a mediação prévia realizada entre a empresa devedora e seus credores pode ser uma opção viável para evitar o processo de recuperação judicial e, também, para reduzir a quantidade de processos judiciais.

Questiona-se, portanto: A instauração do procedimento de mediação antecedente apresenta-se como uma solução célere e eficaz para as empresas que preenchem os requisitos para requerer a recuperação judicial? A mediação antecedente é uma alternativa para diminuir o número de demandas que tramitam no Poder Judiciário?

Isto posto, a realização da mediação antecedente pode se mostrar como a solução para poupar as empresas devedoras de enfrentarem um longo e complexo processo de recuperação judicial e, conseqüentemente, para reduzir a quantidade de demandas judiciais morosas que percorrem pelo Judiciário.

Além do mais, pretendeu-se, com o presente artigo, identificar a quantidade de processos de recuperação judicial que foram ajuizados recentemente no Brasil; compreender o entendimento dos doutrinadores e dos tribunais acerca do tema e estudar a importância da mediação no âmbito da insolvência empresarial.

Dito isso, à vista de todos os possíveis efeitos e da importância do processo de recuperação judicial para as empresas que estão passando por situação financeira crítica, resta demonstrada a relevância em estudar a inovação trazida pela Lei n. 14.112/2020, que trouxe a possibilidade, às empresas em crise econômica e financeira, de instauração do procedimento de mediação antecedente com todos seus credores.

Dessa forma, inicialmente, abordou-se a importância do processo de recuperação judicial para a sociedade e, posteriormente, verificou-se, mediante consulta de processos ajuizados no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entre o ano de 2021 e 2023, se o procedimento de mediação antecedente se apresenta como uma solução célere e eficaz para resolver a situação de insolvência das empresas que estão passando por crise financeira.

## **2 DO SOERGUMENTO DE EMPRESAS POR MEIO DA MEDIAÇÃO ANTECEDENTE**

O processo de recuperação judicial é uma opção interessante para que as empresas que estão passando por dificuldade financeira e econômica evitem sua falência e possam manter suas atividades produtivas em andamento.

Entretanto, embora a recuperação judicial seja benéfica também aos seus credores, visto que no plano de recuperação há previsão específica quanto ao pagamento de cada um deles, e seu descumprimento pode implicar na falência da sociedade empresária, o processo judicial é moroso.

Cabe pontuar que, segundo Mainenti (2022), 63 (sessenta e três) milhões de ações judiciais tramitavam perante o Poder Judiciário no ano de 2022, sendo que mais de 31 (trinta e um) milhões de ações foram

ingressadas no referido ano, alcançando o maior número de demandas judiciais ajuizadas anualmente no Brasil.

Ressalta-se, ainda, que a quantidade de ações de recuperação judicial ingressadas no mês de setembro de 2023 aumentou em 94,30% (noventa e quatro vírgula trinta por cento), comparado com o mesmo período do ano passado, de acordo com a consultoria Serasa Experian (2023).

Ayres (2020) destaca que a média de duração de um processo de recuperação judicial no Brasil é de 4 (quatro) anos.

Dessa forma, como alternativa para evitar o ajuizamento da recuperação judicial, a Lei n. 14.112/20 trouxe a possibilidade de instauração do procedimento de mediação antecedente, que corresponde, basicamente, a uma tentativa prévia de compor amigavelmente com os credores, por meio de acordos que a empresa que está passando por dificuldade financeira possa cumprir.

Insta mencionar que, como forma de incentivar os credores a firmarem acordos proporcionais à situação de crise que está sendo vivenciada pela empresa, a referida lei trouxe também a opção de se requerer a suspensão de todas as execuções existentes contra a sociedade empresária durante o período de 60 (sessenta) dias.

Destaca-se que a possibilidade de se resolver um conflito de forma consensual não beneficia só a empresa e seus credores, mas também o Poder Judiciário, que está completamente abarrotado de demandas judiciais que demoram anos para serem finalizadas.

## 2.1 DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS

A recuperação judicial, nos termos do artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, tem como objetivo viabilizar a superação da crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da



fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e o pagamento dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. Veja-se:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (Brasil, 2005, s/n).

Verifica-se, assim, que a recuperação judicial não é uma forma de proteger patrimônio e fraudar credores, possuindo a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores e o interesse dos credores como princípios fundamentais.

De acordo com Restiffe (2008, p. 47):

[...] pode-se definir a recuperação judicial de empresas nos moldes a seguir indicados. Trata-se de pretensão posta em juízo (ajuizada) - no exercício do direito de ação, portanto -, de natureza privatística empresarial, cujo objetivo é atingir, extraordinariamente, a extinção das obrigações, com a superação da crise econômico-financeira, cabendo ao Estado entregar a prestação jurisdicional, que consiste, em caso de procedência do pedido, no estabelecimento do estado de recuperação empresarial, ou, em caso de improcedência, no eventual estabelecimento do estado de falido. E pretensão posta em juízo, conotando, portanto, sua natureza jurídico-processual de ação, e não sua concepção negocial, seja contratual, seja processual. Tem natureza privatístico-empresarial, haja vista, no Direito pátrio, somente referir-se à empresa, mas não se resumindo, tão-somente, à legislação falimentar, já que demais disposições legais especiais, de natureza empresarial, igualmente, fazem remissão à recuperação de empresas.

Vislumbra-se que os próprios credores são muito beneficiados pelo processo de recuperação judicial, pois em eventual cenário de falência da empresa devedora, não haveria como assegurar que todos os credores recebessem seus créditos (Matos, 2022).

É consabido que o pagamento dos credores em um processo de falência fica limitado ao acervo patrimonial da sociedade empresária, então não haveria como garantir, nesse cenário, que a empresa quitaria integralmente suas dívidas. Já em relação ao processo de recuperação, sabe-se que, como o objetivo da empresa é manter suas atividades produtivas em andamento, ela deve obrigatoriamente pagar todos os seus credores, na forma que restar estipulado no plano de recuperação.

Acerca dos objetivos e efeitos do processo de recuperação judicial, Restiffe (2008) leciona que o intuito principal da empresa devedora é obter a extinção de suas obrigações, para que a sociedade empresária possa prosseguir regularmente com suas atividades produtivas.

Pontua-se que a homologação do plano de recuperação, requisito indispensável para a concessão da recuperação judicial à empresa devedora, implica automaticamente na novação de toda a dívida contraída anteriormente ao ajuizamento do processo recuperacional.

Dessa maneira, com a homologação do plano pelo Juízo competente, a pessoa jurídica devedora e todos seus credores serão submetidos aos novos termos que foram estipulados para adimplemento dos débitos. A novação da dívida, que é um dos meios de extinção das obrigações, permite que a empresa devedora efetue o pagamento de seus credores em condições mais flexíveis, justamente para evitar o encerramento de suas atividades.

O propósito econômico da recuperação judicial é possibilitar às empresas que passam por dificuldades econômicas que voltem a se tornar

participantes competitivas e produtivas da economia, sendo que, dentre os principais beneficiados, está a própria sociedade (Oliveira, 2005).

Ademais, Brum (2023) aponta que a recuperação judicial não é uma solução mágica que resolve imediatamente todos os problemas de uma empresa, entretanto, apresenta-se como uma opção viável para muitas sociedades empresariais que estão passando por crise financeira e que pretendem se reorganizar economicamente.

Denota-se, dessa forma, que o processo de recuperação judicial, atualmente positivado no direito brasileiro, é um instrumento fundamental para superação da crise econômico-financeira das empresas devedoras, refletindo, especialmente, na manutenção do emprego dos trabalhadores, na subsistência de muitas famílias e no pagamento de todos os credores.

## 2.2 DO PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O princípio da preservação da empresa, ante sua função social, vem descrito no artigo 47 da Lei n. 11.101/2005, já transcrito anteriormente, que regulamenta a recuperação judicial das sociedades empresárias.

O referido princípio visa, sobretudo, proteger a continuidade das atividades da empresa, em prol de toda sociedade que é atingida por sua atuação no mercado. Destaca-se, de plano, que o princípio da preservação da empresa não tem como objetivo proteger o interesse particular da empresa ou do empresário.

De acordo com Mamede (2020, p. 124), a sociedade empresária e seus respectivos sócios e administradores nem sequer são contemplados pelo artigo 47 da lei de recuperações e falências:

Mas a empresa (a fonte produtora) não se confunde com empresário ou sociedade empresária. Os interesses do empresário ou da sociedade empresária devedora não estão sequer contemplados pelo artigo 47 da Lei 11.101/05. Embora a recuperação da empresa possa atender aos interesses e direitos patrimoniais do devedor ou da sociedade empresária, não é essa a finalidade da recuperação judicial da empresa: não se defere a recuperação para proteger o empresário ou a sociedade empresária (nem os sócios e administradores desta). A recuperação judicial pode concretizar-se até em desproveito do devedor, que pode ser apartado da empresa, a bem da manutenção desta.

Sarhan Júnior (2022) destaca que a atividade da empresa possui papel relevante para a manutenção da economia, contemplando a maior parte da mão de obra ativa do Brasil, visto que a maioria da população está empregada nas empresas do setor privado. Leciona, ainda, que a legislação concede benefícios para incentivar a continuidade das atividades da empresa em razão desta corresponder a uma das maiores fontes de sustento capitalista, que gera empregos diariamente.

Segundo Sahrhan Júnior (2022, p. 568):

Na atual conjuntura econômica mundial, não se trata de uma alternativa viável fechar uma empresa que passa por crise, desde que possa sair da mesma, pois esse fato pode acarretar o encerramento de todas as relações negociais que aquela pessoa jurídica exercia, de modo que deixaria de atender uma série de pessoas que dela dependem, causando, então, uma série de prejuízos não só para os exercentes da empresa como também para seus funcionários, colaboradores, outras pessoas jurídicas etc.

Válido reforçar, diante disso, que a superação da crise econômica pela empresa devedora é benéfica não só para seus sócios e administradores, mas também aos credores, que terão seus créditos quitados, e às famílias

dos funcionários que trabalham na respectiva empresa, as quais muitas vezes dependem do salário advindo da sociedade insolvente para sobreviver.

Cabe pontuar, ademais, que o princípio da preservação da empresa pode evitar que sejam apreendidos ativos e bens essenciais para as atividades produtivas. Ao julgar o Conflito de Competência (CC) n. 149.798, Andrichi (STJ, 2018) relatou que, apesar da inadimplência da empresa, a penhora dos bens necessários diminuiria completamente a chance da retomada das atividades da empresa devedora, inviabilizando, automaticamente, o processo de recuperação judicial.

De acordo com Andrichi (STJ, 2018), deve-se ter em vista que a ideia de se preservar a empresa mesmo com as dívidas que esta possui, embora aparente ser prejudicial aos seus credores, na realidade implica em ganhos sociais mais efetivos, pois a conservação da pessoa jurídica pode acarretar na manutenção de empregos, geração de novos postos de trabalho, movimentação da economia, entre inúmeros outros efeitos positivos para a sociedade em geral.

Sacramone (2023) pontua que a lei de recuperações e falências preserva a manutenção da empresa justamente para que sua função social seja cumprida, com a circulação de riquezas, geração de empregos, oferta de bens e serviços aos consumidores, aumento da concorrência e desenvolvimento econômico.

Destaca-se que a proteção conferida pela lei limita-se às empresas que possuam condições de manterem-se no mercado, de forma que seu reerguimento possa, de fato, gerar os benefícios pretendidos pela legislação (Sacramone, 2023).

Assim sendo, resta demonstrada a relevância do princípio da preservação da empresa, que visa especialmente assegurar a manutenção das atividades empresariais em prol de sua importância à economia, aos seus credores e à sociedade em geral.

## 2.3 DA MEDIAÇÃO NOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL

Segundo o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), o Estado Brasileiro é uma República Federativa comprometida com a solução pacífica das controvérsias:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, **com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Brasil, 1988, s/n, grifo nosso).

Denota-se, também, que o Código de Processo Civil, promulgado no ano de 2015, incentiva expressamente a solução consensual de conflitos por meio da mediação e conciliação:

Art. 3º [..]

§ 1º [..]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (Brasil, 2015, s/n, grifo nosso).

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2023), a mediação é uma maneira de solucionar conflitos com a participação de uma terceira pessoa, imparcial, que facilitará o diálogo entre as partes, para que alcancem a melhor solução para o conflito.

Salienta-se que a mediação foi inserida mais explicitamente no âmbito empresarial na Recomendação n. 71 de 05/08/2020 do CNJ, que propôs aos tribunais brasileiros a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais, para o tratamento adequado de conflitos envolvendo matérias empresariais de qualquer natureza e valor, possibilitando a realização de negociação, conciliação e mediação, nas modalidades individuais ou coletivas.

Válido pontuar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se posicionou o sentido de que a mediação é compatível com os processos de insolvência. Ao apreciar o Pedido de Tutela Provisória n. 1.049-RJ, Buzzi (STJ, 2017) autorizou a realização da mediação do Grupo OI, em recuperação judicial, com seus credores, afirmando que a lei não traz nenhum impedimento para aplicação da mediação no curso dos processos de recuperação e falência.

No ponto de vista de Sacramone (2023), a mediação na recuperação judicial é importante para ajudar a empresa devedora e seus credores a encontrarem a solução mais viável para a superação da crise econômica enfrentada pela sociedade empresária.

Assim, em razão da necessidade de regulamentação das mediações que já estavam ocorrendo nos processos de insolvência, a Lei n. 14.112/20 trouxe à lei de recuperações e falências (Lei n. 11.101/05) a Seção II-A (artigos 20-A à 20-D), tratando acerca das conciliações e das mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, prevendo expressamente, em seu artigo 20-B, que “serão admitidas

conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial [...]”.

Dessa forma, verifica-se que a Lei 14.112/20 apenas positivou a tendência dos operadores do direito em aplicar os métodos adequados de solução de conflitos na área de insolvência, contribuindo para a eficiência e celeridade processual.

A mediação, quando frutífera, evita o ajuizamento ou encerra um processo que tramita perante o Poder Judiciário. É positiva para ambas as partes, pois presume-se que se firmaram acordo é porque estão satisfeitas com os novos termos propostos, e também para o Judiciário, que será, mesmo que gradativamente, descongestionado.

À vista disso, levando-se em consideração o amparo legislativo existente e tendo em vista que o instituto já foi utilizado em outros processos de recuperação judicial, evidencia-se a importância da aplicação das conciliações e mediações nos processos de insolvência empresarial.

## 2.4 DA MEDIAÇÃO ANTECEDENTE PARA AS EMPRESAS QUE ENFRENTAM DIFICULDADES ECONÔMICAS E FINANCEIRAS

Pontua-se que, embora a mediação já fosse utilizada nos processos de recuperação judicial, a Lei n. 14.112/20 trouxe, à lei de recuperação, os artigos 20-A, 20-B, 20-C e 20-D, ampliando a possibilidade de utilização do procedimento. Em seu artigo 20-B, a lei explicita em quais hipóteses a mediação e conciliação podem ser utilizadas nos processos de recuperação judicial:

Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:



I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;

II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais;

III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais;

IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial. (Brasil, 2020, s/n).

Verifica-se, portanto, a inauguração do sistema de pré-insolvência, que trouxe incentivos para que as empresas devedoras adotem mecanismos mais práticos para renegociação coletiva de suas dívidas, com mínima intervenção judicial, ressaltando-se a hipótese descrita no inciso IV, que foi objeto do presente artigo.

De igual modo, foi acrescido à lei falimentar a previsão de uma tutela cautelar de urgência (§1º do artigo 20-B), que permite a suspensão dos processos de execução iniciados contra a devedora pelo prazo de 60 (sessenta) dias, para a tentativa de composição com os credores, em procedimento de mediação e conciliação instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) ou câmara especializada:

Art. 20-B[...]  
[...]

§ 1º Na hipótese prevista no inciso IV do caput deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. (Brasil, 2020, s/n).

Exige-se, para obtenção da tutela de urgência cautelar, que a empresa preencha os requisitos legais para requerer recuperação judicial, os quais estão dispostos no artigo 48 da Lei n. 11.101/05:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III – não ter, há menos de 8 (oito) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (Brasil, 2020, s/n).

Por meio da decisão judicial cautelar, a empresa passa a ter a proteção de seu patrimônio, indispensável à efetividade de uma

negociação coletiva, visto que os credores apenas aceitarão participar das sessões de mediação se não for possível prosseguir com suas execuções individuais, e a empresa devedora só conseguirá apresentar propostas de acordo se estiver protegida de quaisquer interferências em seu patrimônio (Costa; Cueva, 2020).

Além do mais, como forma de proteger os credores contra eventual tentativa de fraude da empresa ao firmar acordo no procedimento de mediação, foi estabelecido, no parágrafo único do artigo 22-C, que se vier a ser requerida a recuperação judicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias após formalização do acordo, o credor terá reconstituído o seu direito conforme as condições originalmente contratadas, com as deduções dos valores eventualmente pagos. Veja-se:

Art. 20-C. O acordo obtido por meio de conciliação ou de mediação com fundamento nesta Seção deverá ser homologado pelo juiz competente conforme o disposto no art. 3º desta Lei.

Parágrafo único. Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção. (Brasil, 2020, s/n).

Para Mubarak Junior e Musembani (2023), a mediação em recuperações judiciais proporciona inúmeras oportunidades para satisfação dos interesses comuns, destacando-se a possibilidade de conversão de recuperação judicial em extrajudicial e a simplificação dos conflitos decorrentes da inadimplência da empresa devedora. Além disso, mencionam que o procedimento de mediação pode ser uma solução célere e de baixo custo para os credores e devedores, sendo certo que os acordos

firmados por meio de mediação são homologados pelos juízes e possuem valor de sentença.

Contudo, para que a mediação seja frutífera, é imprescindível que ambas as partes estejam dispostas à realização de um diálogo respeitoso e acreditem que a formalização de um acordo é a alternativa ideal, tendo como objetivo principal a finalização do litígio (Mubarak Junior; Musembani, 2023).

Assim, a postura adotada pelas partes em eventual procedimento de mediação antecedente será decisiva para viabilizar a realização de acordo entre as partes.

Por outro lado, Oliveira Filho (2021, p. 18) critica severamente o procedimento de mediação antecedente:

O §1º do artigo 20-B, institui um sistema de solução da crise empresarial de natureza pré-processual que se revela ineficiente e lacunoso, por várias razões: a) estabelece a negociação antecedente que exige a atuação de dois órgãos, um deles integrante do Poder Judiciário, sem nenhuma razão jurídica; b) impõe requisitos para o “stay period” que tornam a sua concessão passível de impugnação pelos credores; c) não prevê qualquer mecanismo de imposição da decisão da maioria dos credores à minoria; d) não define o que é uma “empresa em dificuldade”, autorizada a iniciar uma negociação antecedente; e) não prevê o procedimento de negociação antecedente; e f) não prevê que a renegociação de dívida, com as formas de pagamento estabelecidas pelo devedor e os credores durante a negociação, estará a salvo de declaração de ineficácia.

Diante do exposto, vislumbra-se que as inovações inauguradas no sistema brasileiro de insolvência são relevantes para as necessidades atuais, de modo que a situação das empresas que estão em crise pode ser resolvida de forma mais célere, se o procedimento de mediação

antecedente for eficaz, o que implicará na conservação da sociedade empresarial e de sua função social, bem como na manutenção do emprego dos trabalhadores e no pagamento de todos os credores.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia possui papel de suma importância na pesquisa científica, porquanto confere valor científico e credibilidade ao artigo, proporcionando, dessa forma, a melhor compreensão e análise do tema estudado.

Quanto aos objetivos, a presente pesquisa foi baseada na forma descritiva, por meio da coleta de informações e da análise do problema. De acordo com Monteiro e Mezzaroba (2019), a pesquisa descritiva não visa propor soluções ao problema, mas somente descrever os fenômenos visualizados pelo pesquisador após análise rigorosa e interpretação dos dados encontrados.

Os procedimentos adotados foram o bibliográfico e o documental, utilizando-se de doutrinas, processos judiciais, leis, notícias, dissertações, resumos e artigos que colaboraram com o estudo e pesquisa.

De acordo com Fonseca (2002, p. 32):

A pesquisa bibliográfica utiliza fontes constituídas por material já elaborado, constituído basicamente por livros e artigos científicos localizados em bibliotecas. A pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas, sem tratamento analítico, tais como: tabelas estatísticas, jornais, revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, tapeçarias, relatórios de empresas, vídeos de programas de televisão, etc.

A abordagem do problema utilizada foi a qualitativa, pois analisou-se, inicialmente, os aspectos introdutórios e gerais do instituto da recuperação judicial de empresas, para clarificar o objetivo e os efeitos do ajuizamento do referido processo e, posteriormente, percorreu-se sobre a possibilidade, trazida pela Lei n. 14.112/2020, de se requerer a instauração da mediação em caráter antecedente.

Após abordar como a matéria está positivada no ordenamento jurídico e como os tribunais e doutrinadores se posicionam sobre o tema, analisou-se a efetividade do procedimento.

Sobre a pesquisa qualitativa, leciona Minayo (2002, p.21):

[...] responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos a operacionalização de variáveis.

Portanto, para possibilitar a análise da viabilidade e eficácia da mediação antecedente para as empresas e para o Poder Judiciário, foram analisados alguns processos em que o instituto foi utilizado, a fim de verificar se as empresas devedoras obtiveram sucesso nas negociações efetuadas nas sessões de mediação e se, assim, evitaram o processo de recuperação judicial.

Para a realização da pesquisa, foram filtrados procedimentos de mediação antecedente instaurados entre o ano de 2021 e 2023 no Tribunal de Justiça de São Paulo.

## **4 ANÁLISE DE PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO ANTECEDENTE INSTAURADOS NO ESTADO DE SÃO PAULO ENTRE O ANO DE 2021 E 2023**

De forma a verificar a eficácia e efetividade da mediação antecedente para as empresas que passam por dificuldade financeira e que preenchem os requisitos para requerer a recuperação judicial, foram analisados alguns desses procedimentos que foram instaurados entre o ano de 2021 e 2023.

O principal objetivo, na análise dos processos, foi verificar se as empresas que instauraram a mediação antecedente conseguiram firmar acordo com algum credor e se, posteriormente, foi necessário o ajuizamento do processo de recuperação judicial.

Cumprir pontuar que, tendo em vista que a lei trouxe essa possibilidade no ano de 2020, com vigência tão somente no ano de 2021, poucas foram as mediações ajuizadas até a presente data, sendo que no estado de Santa Catarina ainda não houve implementação do instituto em razão da ausência de profissionais especializados na área de insolvência empresarial.

De acordo com as informações publicadas pelo site Valor Econômico (2022) o estado com maior número de empresas que buscaram a justiça para negociar com os credores é São Paulo, motivo pelo qual foram analisados alguns procedimentos de mediação antecedente que foram instaurados nas Comarcas do referido estado. Assim, buscou-se esses procedimentos, para a análise exigida por este artigo, por meio de pesquisa jurisprudencial no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

Conforme será visualizado no Quadro 01, foi levantada a data de instauração do procedimento, o tempo em que a mediação tramitou,

se algum acordo foi firmado e se houve ajuizamento do processo de recuperação judicial posteriormente:

Quadro 01 – Procedimentos de Mediação Antecedente instaurados no Estado de São Paulo (2021 a 2023)

<b>Autos da Tutela Cautelar</b>	<b>Data de Ajuizamento</b>	<b>Duração</b>	<b>Acordos</b>	<b>Recuperação Judicial</b>
1053832-87.2021.8.26.0100	26/05/2021	16 meses	1	Sim
1129991-71.2021.8.26.0100	30/11/2021	8 meses	Não	Sim
1016007-05.2022.8.26.0576	31/03/2022	Em trâmite	2	Não
1000386-43.2022.8.26.0260	12/04/2022	3 meses	2	Sim
1069126-48.2022.8.26.0100	05/07/2022	1 ano	Não	Sim
1004748-45.2022.8.26.0533	08/07/2022	3 meses	Não	Sim
1099681-48.2022.8.26.0100	14/09/2022	3 meses	Não	Sim
1119807-22.2022.8.26.0100	28/10/2022	8 meses	Não	Não
1027212-67.2023.8.26.0100	07/03/2023	7 meses	Não	Não
1000474-47.2023.8.26.0260	13/04/2023	4 meses	2	Sim
1000599-15.2023.8.26.0260	02/05/2023	2 meses	Não	Sim
1032321-78.2023.8.26.0224	13/07/2023	3 meses	Não	Não

Fonte: elaboração pelos autores, com base em processos consultados no Tribunal de Justiça de São Paulo (2023).

Vislumbra-se do Quadro 01 que, dos 12 (doze) procedimentos analisados, em 8 (oito) as empresas tiveram que ingressar com o pedido de recuperação judicial, em 3 (três) as empresas não conseguiram firmar acordo com os credores e, provavelmente, ainda não ingressaram com a recuperação judicial em razão do procedimento ter sido finalizado recentemente e em 1 (um) a empresa está há mais de 15 (quinze) meses utilizando da mediação para tentar firmar acordo com os credores, sendo que, até então, só conseguiu compor com 2 (dois).

Assim sendo, por meio da análise dos processos listados no Quadro 01, verificou-se que o procedimento de mediação antecedente, ao menos por ora, não se apresenta como uma opção eficaz e célere, pois nota-se



que o Poder Judiciário atualmente não possui condições de implementar o instituto da forma que foi disposto na Lei n. 14/112/20.

Inicialmente, verificou-se que os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadanias (CEJUSCs), competentes para realização das mediações antecedentes, nos termos do §1º do Art. 20-B da Lei n. 11.101/05, não possuem profissionais especializados na área de insolvência empresarial, fazendo com que as câmaras privadas de conciliação assumam, na maioria dos casos, o controle do procedimento.

A ausência de profissionais especializados na área e a competência praticamente exclusiva das câmaras de direito privado implicam em um custo maior para a empresa devedora e em um procedimento de mediação moroso que, portanto, perde sua própria finalidade.

Além disso, a possibilidade de se requerer a suspensão das execuções existentes em face da empresa devedora durante o período de 60 (sessenta) dias não se mostra útil para que a mediação seja efetiva. Isto porque, foi possível notar que o referido tempo de suspensão é muito curto, sendo que no momento que o Juiz defere a tutela cautelar prevista no §1º do Art. 20-B da Lei n. 11.101/05, a mediação, na maioria dos casos, ainda nem foi agendada.

O tempo levado para intimar os credores e para designar a mediação ocupa quase que por inteiro o período de suspensão previsto em lei. De mais a mais, as sessões de mediação nem sempre são únicas, pois créditos com valor significativo demandam uma negociação mais complexa e que, automaticamente, leva mais tempo. Nestes casos, a análise das propostas apresentadas não é feita de forma imediata, pois muitas vezes os advogados e representantes dos credores e da empresa que está em crise precisam reunir-se com setores específicos para deliberar acerca da possibilidade de formalização do acordo proposto pela outra parte.

Na maioria das vezes, as sessões de mediação são agendadas exclusivamente para um só credor, fazendo que sejam designadas diversas sessões para cada credor habilitado, o que implica em uma mediação árdua, custosa e demorada.

Pontua-se, ademais, que não há entendimento consolidado acerca da possibilidade de prorrogação do período de suspensão previsto em lei, motivo pelo qual a maioria dos Juízes indefere tal pedido, frustrando por completa a mediação que estava em andamento.

O problema em uma mediação frustrada é que o período de suspensão concedido durante o procedimento é descontado do tempo de 180 (cento e oitenta) dias de suspensão concedido quando do eventual ajuizamento da recuperação judicial, conforme previsto no §3º do Art. 20-B da Lei n. 14.112/20. Assim, se a empresa instaura o procedimento de mediação e depois ingressa com o pedido de recuperação, ela terá direito somente à suspensão das ações existentes contra si durante o período de 120 (cento e vinte dias), o que pode afetar o êxito do soerguimento da sociedade empresarial.

Outra questão relevante que merece ser mencionada é que a suspensão de 60 (sessenta) dias prevista para a realização da mediação abrange tão somente as execuções, e não todas as ações existentes contra a empresa. Dessa forma, se há ações de busca e apreensão em andamento contra a devedora durante o período da mediação, a concessão da tutela cautelar antecedente não impedirá que os credores apreendam os bens da empresa que está passando por crise financeira.

Ressalta-se que a suspensão de 180 (cento e oitenta) dias prevista para os casos de deferimento do processamento da recuperação judicial contempla todas as ações existentes contra a empresa devedora, então se a sociedade instaura a mediação antecedente e não obtém sucesso nas negociações, irá definitivamente perder 60 (sessenta) dias deste benefício,

que atingiria todos os credores quando do ajuizamento da recuperação judicial.

Nesse contexto, verifica-se que além de existir a possibilidade do procedimento de mediação antecedente ser mais prejudicial do que benéfico para a empresa que está em crise, não mostra-se atrativo para os credores, visto que alguns poderão inclusive prosseguir com suas ações individuais em face da empresa devedora durante o período da mediação, e para outros talvez seja mais interessante aguardar o tempo curto de 60 (sessenta) dias para cobrar a empresa judicialmente.

Insta ressaltar que os acordos firmados com os credores durante a mediação são desconstituídos caso a empresa entre em recuperação judicial nos próximos 360 (trezentos e sessenta) dias, consoante previsão expressa do Parágrafo Único do Art. 20-C da Lei n. 11.101/2005, o que pode servir como desestímulo aos credores, especialmente por precisarem contratar advogados para representá-los nas sessões de mediação sem ter certeza de que haverá algum resultado positivo.

À vista disso, resta evidentemente demonstrado que há várias falhas no funcionamento do procedimento de mediação antecedente trazido pela Lei n. 14.112/20, razão pela qual mostra-se ineficiente às empresas em crise e, por óbvio, não aparenta ser uma solução para o descongestionamento do Poder Judiciário.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A recuperação judicial é uma alternativa viável para as empresas devedoras superarem sua crise econômico-financeira, implicando, quando exitosa, na manutenção do emprego dos trabalhadores, na subsistência de diversas famílias e no adimplemento de todos os credores.

Entretanto, para que a empresa consiga se recuperar economicamente, sem que os bens e ativos essenciais sejam retirados de sua posse, imprescindível a aplicação do princípio da preservação da empresa, positivado no artigo 47 da Lei 11.101/05, que visa, sobretudo, a conservação das atividades produtivas em prol dos benefícios que a pessoa jurídica traz para toda a sociedade.

Contudo, em que pese o instituto da recuperação de empresas possua papel relevante e o princípio da preservação da empresa assegure sua efetividade, é consabido que o processo judicial é moroso, implicando na demora para pagamento dos credores e no congestionamento do Poder Judiciário. A mediação na área de insolvência empresarial apresenta-se como uma possibilidade positiva tanto para os credores quanto para a empresa devedora, pois se compuserem amigavelmente serão poupados de enfrentar um longo e complexo processo de recuperação judicial.

Todavia, o procedimento de mediação antecedente, trazido pela Lei n. 14.112/20 como uma opção para que a empresa e seus credores participem de sessões de mediação antes do ajuizamento da recuperação judicial, apresenta diversos vícios que impedem que o instituto cumpra sua finalidade. Um equívoco evidente cometido pelo legislador, que merece ser pontuado, foi possibilitar, por meio da tutela de urgência cautelar, a suspensão somente das execuções existentes contra a empresa devedora. Isto faz com que os credores fiduciários, que possuem créditos extraconcursais e, portanto, não estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, possam ajuizar ou prosseguir com suas ações de busca e apreensão em face da sociedade empresária, sem nenhum empecilho.

Verifica-se, dessa forma, que o procedimento de mediação não se mostra útil para incentivar todos os credores a participarem de suas sessões, visto que quem possui crédito garantido por alienação fiduciária, por exemplo, pode obter a satisfação da dívida por meio da apreensão dos bens que foram indicados no respectivo contrato.

Desse modo, vislumbra-se que uma empresa pode instaurar o procedimento de mediação antecedente e, durante a realização das sessões, perder bens essenciais em razão da inadimplência de contratos extraconcursais que possuem garantia fiduciária, pois a suspensão das execuções durante o período de 60 (sessenta) dias, prevista no §1º do Art. 20-B da Lei n. 11.101/05, não contempla as ações de busca e apreensão, o que vai completamente de encontro ao princípio da preservação da empresa.

É válido destacar que, nos casos de deferimento do processo de recuperação judicial, ao contrário do que ocorre na mediação antecedente, a suspensão concedida pelo §4º do Art. 6 da Lei n. 11.101/05 abrange todas as execuções e ações existentes contra a empresa durante o período de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por igual período, o que faz com que todos os credores se tornem mais flexíveis a firmar acordos com a devedora.

Outra questão significativa a ser mencionada é que o Poder Judiciário não possui estrutura para comportar a inovação trazida pela Lei n. 14.112/20, pois não possui mediadores especializados na área de insolvência empresarial, fazendo com que as câmaras privadas de conciliação sejam quase que exclusivamente responsáveis pelo controle do procedimento. Ocorre que, embora estas câmaras também detenham competência para controlar a mediação antecedente, não possuem agilidade para intimar os credores e marcar sessões durante o período de 60 (sessenta) dias de suspensão, que será eventualmente concedido quando do deferimento da tutela cautelar de urgência.

Nos processos estudados no presente artigo, pôde-se perceber que na maioria dos casos as sessões ainda não foram realizadas quando se esgota período de 60 (sessenta) dias de suspensão das execuções existentes contra a empresa, tornando-se inviável, para os credores, a participação na mediação.

Além disso, embora tenha-se observado que em alguns casos a empresa consegue compor amigavelmente com alguns de seus credores, denota-se que os referidos acordos são desconstituídos quando do ajuizamento do processo de recuperação judicial, por força do que prevê o §3º do Art. 20-B da Lei n. 11.101/05.

Cumpra mencionar, outrossim, que o período de 60 (sessenta) dias de suspensão concedido para os casos de mediação antecedente é descontado da suspensão de 180 (cento e oitenta) dias concedida em eventual ajuizamento do processo de recuperação judicial.

Dessa maneira, a mediação antecedente pode não ser apenas ineficiente e ineficaz como também prejudicial às empresas em crise, porquanto, caso venham requerer a recuperação judicial, seus acordos eventualmente firmados nas sessões serão desconstituídos e o período de suspensão de 180 (cento e oitenta) dias será reduzido em razão da suspensão das execuções concedida durante o período da mediação.

Ainda, cabe reforçar que nada impedirá que, durante a mediação, credores que possuem créditos garantidos por alienação fiduciária possam apreender bens da empresa e, conseqüentemente, diminuir a chance de soerguimento da referida sociedade.

De igual modo, credores que possuem créditos sujeitos à suspensão concedida para os casos de mediação antecedente podem entender que é mais viável aguardar um período curto de 60 (sessenta) dias para executar individualmente a dívida do que participar de diversas sessões de mediação com o risco de não firmar nenhum acordo ou, caso firmem, sejam desconstituídos por eventual e provável ajuizamento do processo de recuperação judicial.

Em que pese muitos processos de recuperação judicial sejam ajuizados anualmente no Brasil, a mediação antecedente trazida pela Lei n. 14.112/20, pelo menos atualmente, não se mostra como uma opção viável para evitar a recuperação judicial.

Ademais, o referido procedimento não é uma solução para desafogar o Poder Judiciário, pois a maioria das empresas que instaura a mediação antecedente acaba ingressando com o pedido de recuperação judicial, então a quantidade de demandas judiciais, na realidade, aumenta demasiadamente.

À vista do exposto, constatou-se que, embora a mediação antecedente aparente ser, inicialmente, uma ideia revolucionária para as empresas em crise e para o Poder Judiciário, o procedimento revelou-se como uma medida inócua, protelatória e ineficaz, que está distante de cumprir a finalidade para qual foi criado.

## REFERÊNCIAS

AYRES, Marcela. Governo estima que tempo de recuperação judicial caia pela metade com nova lei. **Reuters**. 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/macro-waldery-recuperacao-idBRKBN2921V-4-OBRBS>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de Fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **DOU de 9.2.2005**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU de 17.3.2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 04 maio 2023.

Brasil registrava 38 mil empresas em recuperação judicial no 1º semestre. **Valor Econômico**. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/08/28/brasil-registrava-38-mil-empresas-em-recuperacao-judicial-no-1o-semester.ghml>. Acesso em: 05 nov. 2023.

BRUM, Raphael Cajazeira. **A Recuperação Judicial e os benefícios para empresas endividadas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/385703/a-recuperacao-judicial-e-os-beneficios-para-empresas-endividadas>. Acesso em: 10 maio 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Conciliação e Mediação**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

CUEVA, Ricardo Viilas Bôas; COSTA, Daniel Carnio. **Os mecanismos de pré-insolvência nos PLs 1397/2020 e 4458/2020**. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/335268/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020](http://www.migalhas.com.br/depeso/335268/os-mecanismos-de-pre-insolvencia-nos-pls-1397-2020-e-4458-2020). Acesso em: 04 maio 2023.

FONSECA, João José Saraiva. **Apostila de metodologia da pesquisa científica**. 2002.

MAINENTI, Mariana. **Com 31,5 milhões de casos novos, Poder Judiciário registra recorde em 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-315-milhoes-de-casos-novos-poder-judiciario-registra-recorde-em-2022/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro – Falência e Recuperação de Empresas**. 11. ed. São Paulo. Atlas. 2020.

MATOS, Alexandre Tocantis. **Características e benefícios da recuperação judicial**. 2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363907/caracteristicas-e-beneficios-da-recuperacao-judicial>. Acesso em: 10 maio 2023.



MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 8. ed. São Paulo. Saraiva Jus. 2019.

MINAYO, M. C. de S. (org.) **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

MUBARAK JUNIOR, Elias; COSTA, Thiago Dias. **Lei de Recuperação e Falência – Pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20. Conciliações e mediações nos processos de recuperação judicial e a utilização de câmaras especializadas na insolvência empresarial**. São Paulo. Foco. 2023.

O princípio da preservação da empresa no olhar do STJ. **STJ**. 2018. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-02\\_06-03\\_O-principio-da-preservacao-da-empresa-no-olhar-do-STJ.aspx](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-02_06-03_O-principio-da-preservacao-da-empresa-no-olhar-do-STJ.aspx). Acesso em: 04 maio 2023.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. **Comentários à nova lei de falências**. 1. ed. São Paulo. IOB. 2005.

OLIVEIRA FILHO, Paulo Furtado. **Lei de Recuperação e Falência – Pontos relevantes e controversos da reforma pela Lei 14.112/20. Das conciliações e das mediações antecedentes aos processos de recuperação judicial**. São Paulo. Foco. 2021.

Pedidos de Recuperações Judiciais registram crescimento de 94,3% em um ano. **Serasa Experian**. 2023. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/analise-de-dados/pedidos-de-recuperacoes-judiciais-registram-crescimento-de-943-em-um-ano-aponta-serasa-experian/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

Processo n. 1000474-47.2023.8.26.0260. Jus Brasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/632210497/processo-n-100XXXX-4720238260260-do-tjsp>. Acesso em: 14 nov. 2023.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Recuperação de Empresas**. São Paulo. Malone. 2008.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2023.

SAHRAN JÚNIOR, Suhel. **Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo. Mizuno. 2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2030497-60.2023.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17195089&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2032023-62.2023.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16809823&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2033451 16.2022.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15694309&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2133035-56.2022.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16122381&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2179001-42.2022.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16184837&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2194567-31.2022.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=16170137&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2210888-10.2023.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17188883&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2213000-49.2023.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17289820&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2246437-52.2021.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=15515252&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 2252401-55.2023.8.26.0000**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=17290901&cdForo=0>. Acesso em: 10 nov. 2023.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Autos n. 1000386-43.2022.8.26.0260**. Disponível em: <https://shre.ink/TFnx>. Acesso em: 10 nov. 2023.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Conflito de Competência n. 118.183** – MG. Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1103991&num\\_registro=201101625160&data=20111117&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1103991&num_registro=201101625160&data=20111117&formato=PDF). Acesso em: 05 nov. 2023.

Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Tutela Provisória n. 1049-RJ (2017/0284959-6)**, Relator Ministro Marco Buzzi. 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2017%-2F0284959-6&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 05 nov. 2023.

# Capítulo 07

## DA POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PERÍODO DE LABOR ANTERIOR AOS 12 ANOS DE IDADE PARA FINS DE APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA

Alexandre Arevalo Müller  
Ivan Alves Dias

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo trata da possibilidade do reconhecimento de período de labor anterior aos 12 anos de idade para fins de aposentadoria por idade híbrida. Para tal observância, considera-se a aplicação do ordenamento jurídico, sob o olhar da doutrina e da jurisprudência nos últimos dois anos, no âmbito do Tribunal Federal da Quarta Região – TRF4, sediado em Porto Alegre, abrangendo os três Estados do Sul.

As leis brasileiras, ancoradas sob o vértice de tratados internacionais, têm importante papel sobre a vedação ao trabalho infantil. Elas não permitem, em tese, que este mal se perpetue, a fim de evitar que crianças e adolescentes sejam impelidos e submetidos ao labor, ao invés de se dedicarem aos estudos e ao aproveitamento desta fase tão importante que deveria ser de recreação e divertimento. Todavia, constata-se que nem sempre isso ocorre. Cidadãos que se viram obrigados a trabalhar, principalmente no seio familiar, para a manutenção de seu sustento, não podem ser punidos duplamente, ao ponto de não ser possível utilizarem este tempo de labor a seu favor, para fins previdenciários.

No âmbito do direito previdenciário, a Constituição, as leis, a doutrina e a jurisprudência proporcionam o justo respaldo em favor da comprovação do trabalho, anterior aos 12 anos de idade, para fins de reconhecimento de períodos remotos de labor, em face da consolidação deste importante direito do cidadão?

Os documentos legais garantem o cômputo do tempo de labor anterior aos 12 anos de idade para fins previdenciários. Dessa forma, objetivou-se analisar mais a fundo o questionamento supra, no tocante às leis brasileiras em face da utilização do trabalho anterior aos 12 anos de idade, para a cômputo deste tempo remoto, em favor a concessão do benefício da aposentadoria por idade híbrida. Posteriormente, consideraram-se as jurisprudências recentes que trouxeram precedentes favoráveis ao pleito e possibilitaram uma análise crítica, ao final.

As atividades rurais, anterior aos 12 anos de idade, mostram-se muito comuns pelo interior do país. E o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social - não tem reconhecido, na esfera administrativa, este tempo de labor para fins de aposentadoria por idade híbrida. Faz-se necessário requerê-lo judicialmente, após a tentativa, com o indeferimento, a fim de estabelecer o cômputo destes “tempos de labor”, haja vista que a legislação atualmente não define de forma clara o regramento específico para tal desiderato. Daí a necessidade de se avançar no debate sobre o tema.

Seguido desta seção, o texto organiza-se em mais quatro. A primeira trata dos procedimentos metodológicos e delinea o caminho percorrido durante a pesquisa. Na sequência, discorreu-se sobre como se posiciona, pelo olhar da Doutrina, o ordenamento jurídico, a seguridade social e a proteção ao menor. Em seguida, a pesquisa elencou decisões favoráveis, recentes no que tange o aproveitamento do labor anterior aos 12 anos para fins previdenciários. Por fim, as considerações finais, fiel à abordagem discutida na pesquisa.

## 2 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO

Segundo Gil (2010), a metodologia desempenha um papel crucial nas pesquisas, pois é o conjunto de procedimentos lógicos e sistemáticos que guiam a investigação, desde a formulação do problema até a análise dos resultados. Ela proporciona um roteiro estruturado que auxilia o pesquisador a conduzir o estudo de maneira organizada e rigorosa (Gil, 2010).

O presente artigo, quanto aos objetivos, caracteriza-se como uma pesquisa exploratória e descritiva. A pesquisa exploratória é a caracterização inicial do problema, sua classificação e de sua definição. Constitui o primeiro estágio de toda pesquisa científica (Rodrigues, 2006). Já a pesquisa descritiva visa a descrever detalhadamente um objeto de estudo, fornecendo uma representação fiel, sem buscar explicações de causa e efeito (Gil, 2010).

Quanto aos procedimentos, caracteriza-se como bibliográfica e documental. A pesquisa de natureza documental se baseia na análise de documentos e materiais previamente existentes, como acórdãos, pareceres, súmulas e outras publicações jurídicas, utilizados como fonte de informação e análise (Fonseca, 2002). Para Gil (2002), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida em material já elaborado, constituindo-se principalmente de livros e artigos científicos, fonte de informação disponível.

Ademais, o trabalho buscou elencar decisões recentes favoráveis, dos últimos dois anos, sobre o tema, no âmbito do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que abrange os estados do Sul do país. Consideraram-se decisões específicas envolvendo os questionamentos em Segunda Instância, relacionadas ao novo entendimento, descartando as decisões desfavoráveis e relacionando às procedentes, dispondo em forma de tabela. Focou-se na análise em inteiro teor das decisões, haja vista que

os achados das jurisprudências, demonstraram decisões unânimes, em consonância com o relator. Isso possibilitou um olhar crítico ao final, para que os interessados possam visualizar e tirar suas conclusões sobre o direito, cerne da discussão pleiteada.

E, nesse contexto, Gil (2002) destaca que a abordagem qualitativa nas pesquisas é de natureza exploratória e interpretativa, permitindo compreender profundamente fenômenos complexos. Ela envolve a coleta de dados descritivos, análise detalhada e busca por significados subjacentes, tornando-se essencial em estudos que buscam uma compreensão mais rica e contextual dos eventos pesquisados (Gil, 2002).

### **3 DA PROTEÇÃO AO MENOR, DA SEGURIDADE SOCIAL E DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO PREVIDENCIÁRIO**

As leis brasileiras vêm passando por mudança através dos tempos e, no ordenamento jurídico, no que tange ao direito previdenciário, não haveria de ser diferente. A Constituição como lei máxima direciona para que todas as demais leis, oriundas de seu bojo, custeiem a adequada proteção social, direito de seus cidadãos.

Nem sempre foi o entendimento do Estado sobre a real necessidade dos cidadãos em ter acesso à seguridade social. A propósito, o caminho evolutivo do sistema de proteção, que vai da assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros, é o ensejo de três maneiras diferentes de resolução do problema: a da beneficência entre pessoas; a da assistência pública; e a da previdência social, que culminou no ideal de Seguridade Social (Castro; Lazzari, 2023).

Em seguida, discorreu-se sobre as normas de proteção, primeiramente sobre a proibição ao trabalho infantil. Após, explorou-



se sobre seguridade social, no enfoque internacional e nacional. Posteriormente, acerca das regras previdenciárias que normatizam sobre o segurado especial e da aposentadoria por idade híbrida. Destaca-se a possibilidade de contabilizar tempos antigos de trabalho. Isso está alinhado ao tema discutido.

### 3.1 DA PROTEÇÃO AO TRABALHO INFANTIL

A atual compreensão da comunidade internacional sobre os direitos humanos de crianças, comprovada principalmente após vários documentos, entre Declarações e Convenções, surgidos no século XX, passam a reconhecer a criança como objeto de proteção (Declaração de Genebra) ou sujeito de direitos (Declaração de Direitos e Convenção sobre os Direitos), tal como todos os seres humanos. Além disso, as crianças passam a ser merecedoras de total atenção em temas específicos, em decorrência de graves ofensas que não se encontram adstritas aos limites dos territórios nacionais, como a venda, a pornografia e a exploração infantil (Rossato, 2019).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXXIII, proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos. Ainda, qualquer trabalho a menores de 16 anos, exceto na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece normas específicas para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes, incluindo a proibição do trabalho infantil (Brasil 1988; Brasil 1990).

O artigo 227 da CRFB/1988 enfatiza a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado em garantir direitos fundamentais a crianças e jovens. Destaca a idade mínima de quatorze anos para trabalho,

conforme o artigo 7º, XXXIII, e prevê a criação do Estatuto da Juventude, consolidado pela Lei nº 8.069/1990 (Brasil,1990)

E, em seu Art. 2º do ECA, 1990, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. O Art. 3º da mesma lei corrobora com a doutrina, sobre o direito de proteção inerente à criança e ao adolescente:

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, 1990)

O ECA protege a criança e o adolescente por meio dos seus artigos:

Art. 60. É proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz.

Art. 61. A proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei. (Brasil,1990).

A proibição do trabalho infantil está fundamentada no princípio da proteção integral da criança, que visa garantir seu pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. O ECA estabelece que a prioridade deve ser dada à educação, ao convívio familiar e comunitário e à participação em atividades recreativas e culturais, protegendo a criança de qualquer forma de exploração laboral. (Brasil,1990).

No contexto do direito do trabalho, no âmbito internacional, a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT),

ratificada pelo Brasil, estabelece padrões mínimos para a eliminação das piores formas de trabalho infantil. Essa convenção define as formas mais nocivas de trabalho infantil, como trabalho escravo, tráfico de crianças, exploração sexual e envolvimento em atividades ilícitas. Ademais, incentiva os países a adotarem medidas para erradicá-las (Garcia, 2023).

Já o decreto-lei Nº 6.481, 12 de junho de 2008, regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. Para tanto cria uma lista TIP destas formas, a fim de proibir estes trabalhos para menores de 18 anos (Martins, 2023).

Assim, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é um conjunto de normas que regulamenta as relações de trabalho no Brasil. Foi criada pelo Decreto-Lei nº 5.452, em 1º de maio de 1943, durante o governo de Getúlio Vargas (Brasil, 1943).

A CLT abrange diversos aspectos relacionados ao trabalho, como contratos de trabalho, direitos e obrigações dos empregados e empregadores, jornada de trabalho, salário, férias, licenças, segurança e saúde do trabalhador, entre outros (Brasil, 1943).

Contudo, a CLT, nos artigos 402 e 403, estabelece regras para a proteção do trabalho de menores. O artigo 402 define como menor o trabalhador de 14 a 18 anos; já o artigo 403 proíbe o trabalho para menores com menos de 16 anos, exceto como aprendizes a partir dos 14 anos. É obrigatório que o trabalho dos menores não ocorra em locais prejudiciais ao seu desenvolvimento e não prejudique sua educação (Brasil, 1943).

Nesse sentido, o Brasil, por meio de tratados internacionais, aliados à Constituição vigente, fielmente representada pelo ECA e pela CLT, ratificados pela doutrina, vem cumprindo com o princípio da vedação e proteção dos menores. E apresenta-se taxativo no tocante à proibição do trabalho infantil.

### 3.2 LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E A CONSTITUIÇÃO NO TOCANTE AOS DIREITOS DO CIDADÃO INERENTES À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, durante Revolução Francesa, pela primeira vez ocorreu uma mudança na concepção da proteção ao indivíduo. A alteração discorre sobre o princípio da Seguridade Social como direito subjetivo assegurado a todos: *“Les secours publics sont une dette sacrée”* (art.21, Constituição Francesa de 1793). Posta-se diante do chamado liberalismo político, influenciado por movimentos de trabalhadores. Isso deflagrou o pensamento sobre a previdência social, pública, de responsabilidade do Estado, com a participação de toda a sociedade (Castro; Lazzari, 2023).

O aumento da marginalização social, pouco a pouco, estimulou convulsões sociais e acarretou o embate, por vezes regado a sangue, dos proletários contra o aparato Policial-Estatal, pelos movimentos de trabalhadores. Revoluções dessa natureza ocorreram em meados de 1848 e 1971, na França e a revolução de 1848 na Alemanha alavancaram muito o despertar de governantes dos Estados para a intervenção e regulamentação da vida econômica (Castro; Lazzari, 2023).

Ainda na Europa, os Estados pioneiros na proteção dos trabalhadores estabeleceram gradualmente um sistema legal que garantia proteção contra empregadores. Além de um seguro que garantia renda em caso de incapacidade de trabalho em razão da idade, de doença ou de morte, entre meados do século XIX e início do século XX. Isso deu origem à base da Previdência Social (Castro; Lazzari, 2018).

O Brasil só conheceu as regras de caráter geral no tocante à Previdência Social em meados do século XX. Anteriormente, mesmo

existindo previsão constitucional sobre a matéria, apenas em diplomas isolados aparecem algumas formas de proteção aos infortúnios. Na Constituição de 1824, em seu artigo 179, XXXI, mencionavam-se os socorros públicos em norma meramente programática. O Código Comercial de 1850, art. 79, garantia por três meses a percepção de salários do preposto acidentado. E, em 1835, surgia o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado (MONGERAL), como sendo a primeira entidade de previdência privada brasileira (Castro; Lazzari, 2018).

Atualmente, no tocante ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – (CRFB/1988) - traz regras que regulamentam os direitos previdenciários dos trabalhadores, todas embasadas nos princípios fundamentais de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. O artigo 194 da lei maior crava que a “seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988). Outrossim, em seu artigo 201, da CRFB/1988, dá-se o regramento no tocante ao Regime Geral da Previdência Social:

A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

(...) I – revogado

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019) (Brasil, 1988, s/n).

O ordenamento jurídico tem como vertente os princípios e garantias fundamentais, por meio do qual o Estado tem por obrigação assegurar aos seus cidadãos a assistência social e o acesso aos benefícios previdenciários, cumprindo a ordem subjetiva da lei maior, no que se refere principalmente à ótica do princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.3 DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O Regime Geral da Previdência Social (RGPS) é um sistema previdenciário mantido pelo Governo Brasileiro, com objetivo de garantir a proteção social aos trabalhadores que contribuem com o sistema e, obviamente, o acesso aos benefícios previdenciários. Este regime é regulamentado pelas Leis nº 8.212/91 (Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências) e a Lei nº 8.213/91 (Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências) e é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) (Brasil, 1991).

A Lei nº 8.212/91 prevê, em seu artigo 1º, que: “A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social” (Brasil, 1991).

Logo, o INSS é o responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários aos segurados. Além disso, ele enfatiza que o RGPS é financiado por meio das contribuições dos empregados, empregadores e contribuintes individuais, que são obrigados a recolher mensalmente uma porcentagem de sua remuneração para o sistema previdenciário (Ibrahim, 2021).

A filiação ao RGPS garante ao trabalhador a cobertura previdenciária em casos de aposentadoria, pensão por morte, auxílio-

doença, auxílio-acidente, salário-maternidade, entre outros benefícios. Destaca-se que o RGPS é um sistema de repartição simples, para o qual os trabalhadores ativos contribuem para a manutenção dos benefícios dos segurados inativos (Horvath Júnior, 2021);

O RGPS é um sistema em constante evolução em que as regras previdenciárias estão sujeitas a mudanças em razão das transformações econômicas e sociais do país. Destaca-se a importância de se manter atualizado em relação às mudanças e reformas previdenciárias para garantir uma adequada proteção social aos trabalhadores brasileiros. O regime previdenciário abrange a maioria da população trabalhadora brasileira, incluindo empregados da iniciativa privada, trabalhadores avulsos, autônomos e segurados especiais. E, além desses trabalhadores, também estão contemplados pelo RGPS os dependentes e os segurados em situação de desemprego involuntário (Castro; Lazzari, 2018).

Nesse contexto, é lúcido afirmar que grande parcela dos cidadãos brasileiros estão sob o “guarda-chuva” do Regime, sujeitos a direitos e obrigações por ele imposto. E, por consequência, faz-se jus a cada um buscar seus direitos, resguardados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### 3.4 DA POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS DIFERENTES PERÍODOS CUMULADOS PARA FINS DE APOSENTADORIA

Em respeito ao princípio da uniformidade e da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, previsto no artigo 194, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal, é possível a concessão de aposentadoria por idade para qualquer espécie de segurado, mediante a contagem, para fins de carência, de períodos de contribuição, tanto como o segurado urbano ou como o rural, e de períodos de atividades, com

ou sem a realização de contribuições facultativas, do segurado especial (Castro; Lazzari, 2023).

Assim, a contagem do tempo de serviço anterior à Lei nº 8.213/91 encontra sua base na Constituição de 1988 que, originalmente, previa a inclusão de períodos rurais e urbanos no cômputo do tempo de contribuição. O legislador, em conformidade com esse comando constitucional, estabeleceu, no art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que o tempo de serviço do segurado trabalhador rural antes da lei seria contado, independentemente das contribuições correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme regulamentação vigente (Ribeiro, 2023).

O artigo 201, § 9º da Constituição de 1988, assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição entre administração pública e atividade privada, rural e urbana para efeito de aposentadoria. Nesse caso, os diversos regimes de previdência social se compensam financeiramente de acordo com critérios estabelecidos em lei (Brasil, 1988).

Já o STJ, por meio do Tema 1.007, em 14/07/2019, firmou tese repetitiva admitindo o direito à aposentadoria por idade híbrida também em favor do segurado urbano, na data do requerimento, inclusive com o cômputo do tempo de período rural remoto e descontínuo anterior à vigência da Lei 8.213/91, ainda que não tenha sido efetivado o recolhimento das contribuições, seja qual for a predominância do labor misto, exercido no período de carência ou o tipo do trabalho exercido no momento do implemento do requisito etário ou do requerimento administrativo (Ribeiro, 2023).

Então, resta comprovada a possibilidade de utilização de diferentes contribuições para a composição da aposentadoria almejada, respeitados os demais quesitos, na forma da lei, podendo ser a mais vantajosa ao segurado.



### 3.5 DO SEGURADO ESPECIAL NO TOCANTE AO TRABALHO RURAL

O Segurado especial, nos termos do artigo 11, VII, da lei 8.213/91, é aquele que, individualmente ou em regime de economia familiar, explora alguma das atividades descritas na lei na condição de produtor (art.11, VII, *a*) ou explora atividade de pescador artesanal ou a este assemelhado (art. 11, VII, *b*) (Ribeiro, 2023).

Vieira (2006) define os segurados especiais como aqueles que recolhem contribuições de forma diferenciada, baseando-se na comercialização da produção agropecuária ou pesqueira, em contraste com os demais trabalhadores que contribuem com base na remuneração obtida pelos serviços prestados (salário-de-contribuição). É importante notar que, mesmo sem contribuições financeiras, os segurados especiais têm direito aos benefícios previdenciários, desde que comprovem o tempo de serviço em atividades agropecuárias ou pesqueiras. Essa categoria de segurados é prevista na Constituição Federal no art. 195, § 8º (Vieira, 2006).

Após a redação dada pela Lei 11.718/2008, a Lei 8.213/91 manteve o segurado especial como segurado obrigatório da Previdência Social no inciso VII do art. 11:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:(Redação dada pela Lei nº 8.647, de 1993)

(...)

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
  2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2o da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;
- b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e
- c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo (Brasil, 1991).

Vários elementos são requisitos para o enquadramento como segurado especial: residência em imóvel rural ou aglomerado urbano/rural próximo, atividade individual ou em economia familiar, auxílio eventual de terceiros (produtores, possuidores, assentados, arrendatários), módulos fiscais, cônjuge, companheiro, filhos ou equiparados (Ribeiro, 2023).

Sobre a comprovação do segurado especial, vale lembrar o teor da Súmula 73 do Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região: “Admite-se como início de prova material do efetivo exercício da atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental”.

O artigo 106 da Lei 8.213/91 exemplifica documentos para comprovar atividade rural, não obstante, o STJ considera este rol exemplificativo e não taxativo. Isso simplifica a comprovação, uma vez que permite a utilização de contratos, declarações sindicais e notas fiscais por trabalhadores rurais e facilita o acesso a benefícios previdenciários (Ribeiro, 2023).

Em suma, a inclusão do filho do segurado como segurado especial (A alínea c do inciso VII do art. 11 da Lei 8.213/91) veio suprir uma lacuna na legislação, pois a realidade demonstra que todos os membros da família podem trabalhar na atividade rural para a sua manutenção; não apenas o chefe da família como era considerado. Na via administrativa, passou-se

a exigir o limite mínimo de 16 anos para o enquadramento do trabalhador como segurado especial, de acordo com a emenda constitucional 20/98 (Ribeiro, 2023).

Em matéria atacada pela TNU, nos termos da súmula 5, publicada em 05.09.2003, qual seja, “a prestação do serviço rural por menor de 12 a 14 anos, até o advento da Lei 8.2013/91, devidamente comprovada, pode ser reconhecida para fins previdenciários (Ribeiro, 2023).

Nesse contexto, a categoria de Segurado Especial, para obter benefícios previdenciários, precisa comprovar o tempo dedicado a essas atividades, com a flexibilidade de utilizar diversos documentos, como os mencionados no artigo 106 da lei previdenciária. A inclusão de filhos na categoria reflete a realidade das famílias rurais e, quando devidamente comprovado, garante o acesso aos benefícios para trabalhadores rurais e suas famílias.

### 3.6 DA APOSENTADORIA POR IDADE HÍBRIDA E AS REGRAS DE TRANSIÇÃO E DEFINITIVAS

Trata-se da chamada aposentadoria por idade híbrida que passou a ser prevista com o advento da Lei 11.718/2008. Com a soma da carência urbana e rural, mas sem o redutor de 05 anos de idade, tem direito no caso da aposentadoria por idade rural, sendo acolhido o parâmetro da aposentadoria por idade urbana, qual seja, 65 anos de idade para homens e 60 anos para mulheres, anterior a EC n.103/2019 (Amado, 2022).

Destarte, o artigo 48, da Lei 8.213/91, traz o regramento sobre a aposentadoria por idade e aposentadoria híbrida:

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei,

completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11,718, de 2008)

§ 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (Incluído pela Lei nº 11,718, de 2008)

Os §§ 3º e 4º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, alterados pela Lei 11.718, de 2008, tratam da denominada aposentadoria por idade híbrida. Ademais discorre que aquele que se afastar da atividade rural e passar a contribuir em qualquer época sob outras categorias faz jus à aposentadoria por idade, tendo o direito de somar o tempo rural e o tempo de contribuição urbano para o cômputo da carência mínima. Esta interpretação foi inteiramente assertiva, pois contempla tanto os trabalhadores que migraram da cidade para o campo, quanto os que saíram do campo para a cidade (Ribeiro, 2023).

De acordo ainda com o disposto no § 3º do art. 48 da Lei 8.213/91 (incluído pela Lei 11.718, de 2008), os trabalhadores rurais poderão somar o tempo rural e urbano para cumprimento de carência. No entanto, a

idade mínima a ser considerada era de 65 anos para o homem e 60 anos para a mulher, equiparando-se ao trabalhador urbano no quesito idade (Castro; Lazzari, 2023).

Salienta-se que a Jurisprudência corrobora com este entendimento, pois foi proferida decisão judicial com o deferimento da execução provisória na Ação Civil Pública ACP – Nº 5038261-15.2015.4.04.7100/RS, com efeitos nacionais, pelo TRF4, determinando ao INSS assegurar o direito à aposentadoria por Idade Híbrida, independentemente de qual tenha sido a última atividade profissional desenvolvida – rural ou urbana – ao tempo do requerimento administrativo, ou do implemento dos requisitos, e independente de contribuições relativas ao tempo de atividade comprovada como trabalhador rural (Amado, 2022).

O impacto direto e imediato da Reforma da Previdência de 2019 para a aposentadoria por idade híbrida, que legalmente adota regra mínima de idade dos trabalhadores urbanos, foi a elevação da idade mínima da mulher de 60 para 62 anos de idade (Amado, 2022).

Sobre a Regra de Transição Aposentadoria por Idade - (art. 18 da EC/2019): garante aposentadoria aos 60 anos de idade (mulher) e 65 (homem), com 15 anos de contribuição. Idade mínima da mulher aumenta a partir de 1º de janeiro de 2020 em 6 meses a cada ano até atingir 62 (art. 18, §1º, da EC); Regra de Transição Aposentadoria por Idade (Amado, 2022).

E a regra permanente da aposentadoria por idade híbrida traz o seguinte entendimento: Cabimento ao homem com 65 anos de idade, 20 anos de período contributivo, e, se mulher, 62 anos de idade e 15 anos de período contributivo (alterada pelo Decreto -10.410/2020) (Amado, 2022).

Assim fica clarificado sobre o ordenamento no que se refere às regras da aposentadoria por idade Híbrida, sob o vértice da doutrina.

Parte superior do formulário

Parte inferior do formulário

## **4 DA JURISPRUDÊNCIA NO TOCANTE AO CÔMPUTO DO TEMPO DE LABOR ANTERIOR AOS 12 ANOS DE IDADE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS**

Embora as leis brasileiras tivessem evoluído no quesito proteção ao trabalho infantil, aliado aos tratados Internacionais em que o Brasil é signatário, bem como a própria Constituição Federal de 1988 e demais leis, resta necessário analisar como o tema está sendo discutido e decidido no âmbito jurisprudencial.

Nessa seara, é importante a abordagem sobre a abrangência do TRF4, haja vista que, quando o segurado necessita de alguma cobertura do sistema previdenciário, primeiramente deve procurar, na esfera administrativa, o apoio e o respaldo junto à agência do INSS de sua cidade ou região. E, caso não seja atendido o seu requerimento, pode, o segurado, fazer jus ao seu direito, na esfera judicial.

O TRF4 é composto por Desembargadores Federais, Juízes Federais de 1ª Instância, membros do Ministério Públicos e Membros da OAB, que julgam recursos em causas decididas por Juízes Federais de primeiro grau em ações que envolvam a União Federal, autarquias e empresas públicas, bem como recursos de decisões proferidas por Juízes de Direito em causas envolvendo matéria previdenciária, como discorre o art. 109, § 3º, da Constituição vigente (Brasil, 1988).

### **4.1 ANÁLISE DAS DECISÕES RECENTES NO QUE TANGE AO RECONHECIMENTO DO LABOR ANTERIOR AOS 12 ANOS PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS**

A presente pesquisa buscou elencar decisões recentes, dos últimos dois anos, favoráveis ao tema, no âmbito do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, que abrange os estados do Sul do país. Consideraram-se decisões específicas envolvendo os questionamentos em Segunda Instância, relacionadas ao novo entendimento, a fim de possibilitar um olhar crítico ao final, no intuito de os interessados poderem visualizar e tirar suas conclusões sobre o direito, cerne da discussão pleiteada.

Ao longo destes 2 anos, foram localizadas decisões favoráveis que a presente pesquisa relacionou na tabela abaixo. Além disso, indicaram-se as principais informações dos Acórdãos, que permitiram realizar a análise das teses utilizadas para a sua fundamentação, em consonância com o direito em questão.

Tabela 1 - Relação das decisões em segunda instancia, procedentes ao computo do labor anterior aos 12 anos de idade, publicadas nos últimos 2 anos no trf4

DE- CI- SÃO	DATA DA PUBLICA- ÇÃO	Nº DO PROCESSO	LIMITES DA CON- TROVÉRSIA	DECISÃO
01	09/05/2022	Nº 5018983- 22.2019.4.04.9999	Requer o reconhe- cimento do período de 29/10/1969 a 28/10/1973 como labor rural pela parte autora, época em que possuía menos de 12 (doze) anos de idade.	Unanimidade dos Votos 1- O tempo rural comprovado mediante prova material suficiente, complementada por prova testemunhal idônea. 2- Nos termos da Súmula nº 577 do Colendo STJ, “é possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório”. 3- É possível o cômputo de período de trabalho rural realizado mesmo antes dos 12 anos de idade, para fins de reconhecimento de tempo de serviço e de contribuição pelo exercício das atividades descritas no art. 11 da Lei 8.213/91, em maior amplitude, sem a fixação de requisito etário, desde que amparado por prova testemunhal idônea. Precedentes do TRF4 e STJ. 4- O aproveitamento do tempo de atividade rural exercido até 31 de outubro de 1991, independentemente do recolhimento, exceto para efeito de carência, autorizado e previsto pelo art. 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, e pelo art. 127, inc. V, do Decreto nº 3.048/99

DE- CI- SÃO	DATA DA PUBLICA- ÇÃO	Nº DO PROCESSO	LIMITES DA CON- TROVÉRSIA	DECISÃO
02	27/6/2022	Nº 5003805- 20.2021.4.04.7200/ SC	<p>Requer o reconhe- cimento do período de 15/03/1980 a 14/03/1984</p> <p>Autora nascida em 15/03/1972</p> <p>Labor a partir dos 8 anos de idade.</p>	<p>Unanimidade dos Votos</p> <p>1- O tempo de serviço rural pode ser compro- vado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2- Nos termos da Súmula nº 577 do Colendo STJ, “é possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova teste- munhal colhida sob o contraditório”.</p> <p>3- É possível o cômputo de período de trabalho rural realizado mesmo antes dos 12 anos de idade, para fins de reconhecimento de tempo de serviço e de contribuição pelo exer- cício das atividades descritas no art. 11 da Lei 8.213/91, em maior amplitude, sem a fixação de requisito etário, desde que amparado por prova testemunhal idônea. Precedentes do TRF4 e STJ.</p> <p>4- O aproveitamento do tempo de atividade rural exercido até 31 de outubro de 1991, independentemente do recolhimento como previsto pelo art. 55 , § 2º, da Lei nº 8.213/91, e pelo art. 127, inc. V, do Decreto nº 3.048/99</p>
03	1/12/2022	Nº 5013454- 17.2022.4.04.9999	<p>Requer reconheci- mento a atividade rural no período de 01/11/1963 a 09/11/1972.</p> <p>Autor nascido no ano de 1953, pleiteia tempo de labor a partir dos 10 anos de idade.</p>	<p>Unanimidade dos Votos</p> <p>1-É devida a aposentadoria por idade híbrida com tempo rural e urbano durante o período aquisitivo a teor da Lei nº 11.718, de 2008, que acrescentou o § 3º ao art. 48 da Lei nº 8.213, de 1991, cumprido o requisito etário de 60 anos para mulher e de 65 anos para homens.</p> <p>2- Admite-se tempo rural anterior à Lei 8.213/1991, bem como que o segurado esteja no exercício de atividades urbanas.</p> <p>3- Comprovado o exercício de atividade rural havendo início de prova material complemen- tada por prova testemunhal idônea.</p> <p>4- Admite-se o trabalho rural antes dos doze anos de acordo com a jurisprudência dos tri- bunais superiores, prova robusta e detalhada acerca da efetiva contribuição do menor para a subsistência da família</p> <p>5- Comprovada atividade rural somado ao tempo de serviço já reconhecido, totaliza o período de carência exigido para a concessão do benefício.</p>



DE- CI- SÃO	DATA DA PUBLICA- ÇÃO	Nº DO PROCESSO	LIMITES DA CON- TROVÉRSIA	DECISÃO
04	15/6/2023	Nº 5000032- 25.2021.4.04.7213/ SC	Reconhecimento de labor rural de 05/08/1975 a 04/08/1981 Autora nascida no ano de 1969, requer desde os 6 anos de idade.	Unanimidade dos Votos 1. Tempo de serviço rural comprovado, prova material suficiente, prova testemunhal idônea. 2. A limitação da idade para o reconhecimen- to de tempo de serviço rural, encontra-se relacionada à vedação constitucional do tra- balho pelo menor. Todavia, ainda que se trate de norma protetiva, não pode ser invocada em prejuízo ao reconhecimento de direitos, sendo possível, assim, a averbação da atividade cam- pesina sem qualquer limitação etária (é dizer, mesmo aquém dos 12 anos de idade), desde que existente prova robusta confortando a pretensão. Precedentes do TRF4. 3. Não deve ser imposto um ônus probatório especial ao segurado vulnerável que trabalhou na agricultura em idade incapaz de reunir documentos. Conjunto probatório suficiente que comprova o trabalho rural em regime de economia familiar. Exigir que o segurado prove a indispensabilidade de seu trabalho para a família seria uma exigência desproporcional, dificultando na prática o reconhecimento da condição de segurado especial em tais casos.
05	19/09/2023	Nº 5002881- 17.2022.4.04.9999/ PR	A parte autora pretende seja reconhecido o exercício de labor rural desde os 8 anos de idade, no período de 14/11/1973 a 13/11/1977.	Unanimidade dos Votos 1-Atividade rural. Período anterior aos 12 anos de idade. Boia-fria. Comprovação de tempo de serviço 2- Mesmo que a jurisprudência aceite o reco- nhecimento do trabalho rural inclusive antes dos doze anos de idade, para tanto deve ficar comprovado que as atividades desenvolvidas pelas crianças e adolescentes dentro do grupo familiar iam além de um mero auxílio nas atividades cotidianas, mas que elas exerciam um trabalho indispensável e de dependência em relação aos demais membros da família, como exige a lei da previdência.

DE- CI- SÃO	DATA DA PUBLICA- ÇÃO	Nº DO PROCESSO	LIMITES DA CON- TROVÉRSIA	DECISÃO
06	19/09/2023	Nº 5001993-48.2022.4.04.9999/PR	Reconhecimento de labor rural nos períodos de 09/08/1980 a 03/10/1990  Autor requer a partir dos 9 anos de idade.	Unanimidade dos Votos 1- Atividade rural. Boia-fria. Início de prova material. Período anterior a 12 anos de idade. Trabalhador rural. Para fins de comprovação do exercício da atividade rural, não se exige prova robusta, sendo necessário início de prova material (art. 106 da Lei nº 8.213/91), corroborada por prova testemunhal idônea, a teor do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/91, documentos em nome de terceiros do mesmo grupo familiar, a teor da Súmula nº 73 do TRF da 4ª Região. 2- Os denominados boas-frias (trabalhadores informais), dificuldade de obtenção de documentos, o STJ firmou entendimento apresentação de prova material somente sobre parte do período pretendido, complementada por robusta prova testemunhal. 4- A possibilidade da contagem do intervalo de trabalho realizado antes dos 12 (doze) anos de idade, para fins de previdência, não desonera a parte de efetivamente comprovar o efetivo labor, que não pode ser mero auxílio eventual e sem significado em relação à produtividade do grupo familiar.
07	03/10/2023	Nº 5003054-41.2022.4.04.9999/PR	Requer o reconhecimento de 13/10/1977 a 14/04/1991  Autora nascida em 1969. Requer desde os 8 anos de idade	Unanimidade dos Votos 1- Comprovação da atividade rural, prova robusta, início de prova material (art. 106 da Lei nº 8.213/91), corroborada por prova testemunhal idônea, a teor do art. 55, § 3º, da Lei 8.213/9. 2- Documentos em nome de terceiros do mesmo grupo familiar, a teor da Súmula nº 73 do TRF da 4ª Região. 3-A jurisprudência aceita o reconhecimento do trabalho rural antes dos doze anos, desde que comprovado que as atividades desempenhadas por crianças e adolescentes não se limitavam a simples auxílio nas tarefas diárias, mas envolviam trabalho essencial e dependência em relação aos demais membros da família, conforme exigido pela legislação previdenciária 4- O aproveitamento da atividade rural desenvolvida até 31 de outubro de 1991, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias(...).

Fonte: os autores (2023).

Muito embora todas as decisões analisadas tiveram os votos dos desembargadores seguindo o critério da uniformidade, decididas de forma unânime, a pesquisa identificou e reagrupou, em que momento as jurisprudências consideraram, em suas teses, preceitos legais relevantes e comuns entre elas. Mas algumas outras características importantes foram consideradas para esta separação.

Nesse vértice, o presente artigo unificou três decisões do quadro supra, analisadas posteriormente, respeitados os critérios a seguir desenvolvidos. São elas: A **Decisão 01** - (apelação cível nº 5018983-22.2019.4.04.9999/SC) - Relator: Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, período controvertido entre 29/10/1969 a 28/10/1973, revisão do benefício da parte autora, a **Decisão 02** - (apelação cível nº 5003805-20.2021.4.04.7200/SC) - relator: desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz - período controvertido entre 15/03/1980 a 14/03/1984 - Aposentadoria por tempo de contribuição e a **Decisão 04** - (apelação cível nº 5000032-25.2021.4.04.7213/SC) - relator: desembargador federal Paulo Afonso Brum Vaz, período controvertido entre 05/08/1975 a 04/08/1981 - aposentadoria por tempo de contribuição. Abaixo a pesquisa analisou os principais argumentos comuns dentre estas, em que os relatores fundamentaram suas teses em precedentes e na legislação, expondo o próprio entendimento sobre a discussão avançada, dispondo sobre as condições em que os Autores, trabalharam enquanto crianças<sup>1</sup>, nas atividades campesinas.

<sup>1</sup> **Quem são estas crianças** (...) que trabalharam fazendo serviço da roça, carpindo, colhendo algodão, amendoim, que tinha uns 10 a 12 anos, que depois foram crescendo e cada um foi fazendo uma coisa, que trabalharam na fazenda Santo Antônio, Correntino, água dos burros, água dos almeida, que ele ia trabalhar juntos com o depoente (...). Trabalhavam na lavoura junto com os pais, como boia-fria. Acha que o autor tinha de 8 para 9 anos. O autor ia com os pais e os irmãos. A regra era as crianças irem com os pais. Não estudavam na época. Oseas trabalhava direto com os pais. Referiu as fazendas Aliança, Reserva, Guanabara, e também sítios. Tinha café, algodão, feijão. O autor limpava tronco de café, por exemplo. Os pais pegavam empreitada, e os filhos ajudavam no trabalho. Tinha os gatos que levavam. Referiu o nome de gatos. Iam de trator, camionete, perua, caminhão. Ônibus foi depois. Trabalhavam de segunda a sexta. No sábado faziam os pagamentos. Tinha serviço para o ano inteiro (...).

Iniciando a análise, discorre-se que, pelo entendimento dos julgadores, é permitido o aproveitamento do tempo de atividade rural exercido até 31 de outubro de 1991, independentemente do recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias e exceto para efeito de carência, expressamente autorizado e previsto pelo art. 55, § 2º, da Lei n.º 8.213/91, e pelo art. 127, inc. V, do Decreto n.º 3.048/99. Porém, faz-se necessário início de prova material contemporâneo ao período a ser comprovado, complementado por prova testemunhal idônea, não sendo esta admitida exclusivamente, em princípio, a teor do art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91, e da Súmula 149 do STJ.

A prova material é regrada pelo artigo 106, Lei 8.213 e tem caráter exemplificativo. Os documentos apresentados em nome de terceiros, sobretudo quando integrantes do mesmo núcleo familiar, consubstanciam início de prova material do labor rural, consoante inclusive consagrado na Súmula 73 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ainda, nas teses, destacou-se também que o Tribunal da Cidadania fixou entendimento no sentido de que é possível reconhecer o tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo apresentado, desde que amparado em convincente prova testemunhal colhida sob o contraditório, de acordo com a Súmula 577. No caso concreto dessas decisões, a prova testemunhal corroborou suficientemente para com a prova material indiciária. Dessa forma, a pesquisa demonstrou que os desembargadores federais consideraram aquelas indispensáveis, para a complementação da comprovação dos períodos efetivamente trabalhados, nos períodos controvertidos, em ambos os autos.

No que tange aos principais precedentes, os desembargadores, de modo geral, utilizaram-se de importante decisão que vem ao encontro do entendimento favorável, ao pleito. A Ação Civil Pública nº 5017267-34.2013.4.04.7100/RS, proposta pelo Ministério Público Federal, em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), defendeu que é possível o cômputo de período de trabalho rural realizado mesmo antes

dos 12 anos de idade, para fins de reconhecimento de tempo de serviço e de contribuição pelo exercício das atividades descritas no art. 11 da Lei 8.213/91, em maior amplitude, sem a fixação de requisito etário. O referido acórdão estabelece a possibilidade, em tese, de reconhecimento de atividade rural anterior aos 12 anos de idade, desde que amparada em arcabouço probatório respectivo.

O MPF destaca a questão da limitação etária imposta pelo INSS, argumentando que a proibição constitucional do trabalho para menores de 16 anos, dada pelo do art. 7º, XXXIII, não deve prejudicar aqueles que trabalharam na infância. A proteção previdenciária é enfatizada ao defender o reconhecimento do tempo de serviço sem a imposição de um requisito etário fixo, contando com prova material inicial e testemunhal idônea.

E, esgotando a questão jurisprudencial, em recentíssimo julgado, o Colendo STJ – Superior Tribunal de Justiça, reiterou o entendimento pela inadmissibilidade de desconsiderar-se a atividade rural exercida por menor impelido a trabalhar, antes mesmo dos seus 12 anos, sob pena de punir duplamente o trabalhador. O agravo em recurso especial de Nº 956.558 – SP teve como Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da Primeira Turma, julgado em 02/06/2020. Esta decisão foi extremamente contundente, do ponto de vista dos desembargadores, no que se refere ao objeto da discussão aqui avençada. E este precedente foi utilizado para corroborar com o entendimento favorável ao computo do tempo de labor, a qualquer tempo, mesmo antes dos 12 anos de idade.

E, seguindo as fundamentações, de fato, em reiteradas decisões, o STF – Supremo Tribunal Federal, já pacificou entendimento no sentido de que o art. 7º, XXXIII, da Constituição ‘não pode ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente que exerce atividade laboral, haja vista que a regra constitucional foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos’

(RE 537.040, Rel. Min. Dias Toffoli). O Colendo STJ, por seu turno, analisando o art. 11 da Lei 8.213/91, igualmente assentou a orientação de que a norma de garantia do menor não pode ser interpretada em seu detrimento (REsp nº 1.440.024).

Um outro ponto relevante sobre a tese discutida é sobre a habitualidade do labor, isto é, de se reconhecer que, dependendo da época do ano, as atividades campesinas são diferentes e que as crianças ajudam na medida de suas capacidades físicas e peculiaridades, de forma que lhe sejam atribuídas mais funções de acordo com seu desenvolvimento. Foi de comum entendimento que estabelecer como requisito adicional que o segurado prove a indispensabilidade de seu trabalho para o sustento da família de origem, inclusive com a interferência em sua frequência escolar, implicaria uma exigência desproporcional que, na prática, inviabilizaria o reconhecimento da qualidade de segurado especial em tais circunstâncias. Isso porque, no meio rural, a contribuição de cada um dos membros familiares detém significativa importância para a subsistência do grupo familiar como um todo. Assim não se deve exigir, rigidamente, que a parte demonstre a indispensabilidade das atividades realizadas especificamente pelo infante.

Sendo assim, as jurisprudências supra elencadas foram procedentes, de maneira unânime, em favor do reconhecimento do tempo de labor, anterior aos 12 anos de idade, permitindo ser computados para fins previdenciários, na concessão da aposentadoria.

Em seguida, a presente pesquisa agrupou mais três decisões pela sua peculiaridade: por se tratar de períodos em que o segurado requerente desempenhou atividade do chamado “boia Fria”. São a **Decisão 05** - (apelação cível nº 5002881-17.2022.4.04.9999/PR) - Relatora: Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani, período controvertido entre, 14/11/1973 a 13/11/1977, pedido de aposentadoria por tempo de contribuição, a **Decisão 06** - (apelação cível nº

5001993-48.2022.4.04.9999/PR) – Relatora: Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani, período controvertido entre 09/08/1980 a 03/10/1990, pedido de aposentadoria por tempo de contribuição e a **Decisão 07** – (apelação cível nº 5003054-41.2022.4.04.9999/ PR) - Relatora: desembargadora federal Claudia Cristina Cristofani, período controvertido entre 13/10/1977 a 14/04/199, pedido de aposentadoria por tempo de contribuição.

Como exposto acima, os desembargadores defenderam a tese de que, no que diz respeito aos denominados boias-frias (trabalhadores informais), diante da dificuldade de obtenção de documentos, o STJ firmou entendimento no sentido de que a apresentação de prova material somente sobre parte do período pretendido não implica violação da Súmula 149/STJ, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por robusta prova testemunhal.

Ademais, a situação específica desses trabalhadores volantes foi examinada pelo STJ no julgamento do REsp 1.321.493/PR - Tema 554 - consolidando-se o entendimento de que a prova documental do tempo de serviço é indispensável, inclusive para o trabalhador rural boia-fria; mas, por estarem totalmente à margem da formalidade, essa exigência pode ser mitigada, podendo-se admitir o uso de quaisquer documentos que indiquem o vínculo ao meio rural, notadamente, certidões de casamento e de nascimento e desde que sua eficácia probatória seja ampliada por prova testemunhal.

Da análise da prova oral, assemelhou-se nas decisões que as testemunhas foram precisas e consistentes e trouxeram relato robusto aos autos, em favor da comprovação do trabalho anterior aos 12 anos de idade, como “boia fria”.

Por fim, a pesquisa recortou uma decisão que, apesar de se utilizar dos principais fundamentos das anteriores já discutidas, teve uma característica peculiar diferente das anteriores. Neste sentido, a **Decisão**

**03** – (apelação cível nº 5013454-17.2022.4.04.9999/PR) relator o Juiz Federal Artur César de Souza, período controvertido entre 01/11/1963 a 09/11/1972, aposentadoria por idade híbrida (art. 48, §3º, da lei 8.213/91) que se refere à chamada aposentadoria por idade híbrida.

Nesse diapasão, o relator argumenta que a aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).

De acordo com o a fundamentação, “A concessão da aposentadoria híbrida ou mista, prevista no art. 48, §3º, da Lei nº 8.213/91, não está condicionada ao desempenho de atividade rurícola pelo segurado no momento imediatamente anterior ao requerimento administrativo, sendo, pois, irrelevante a natureza do trabalho exercido neste período, como sugere a Súmula nº 103, do próprio TRF4.

Assim, no mencionado caso concreto, pelos principais fundamentos já relacionados e discutidos nas demais decisões, o autor requerente desempenhou atividade de “boia fria”, antes mesmo dos 12 anos de idade, comprovado por início de prova material e robusta prova testemunhal. Assim admitido o cômputo deste tempo para fins de aposentadoria por idade híbrida.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou do estudo sobre a possibilidade do reconhecimento de período de labor anterior aos 12 anos de idade para fins de aposentadoria por idade híbrida. Para tal observância, considerou-se o regramento do ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência nos últimos dois anos, no âmbito do Tribunal Federal da Quarta Região – TRF4.



Primeiramente, abordou-se a proibição do trabalho infantil, baseada no princípio da proteção integral da criança, que visa garantir seu pleno desenvolvimento. O ECA prioriza educação, atividades recreativas e convívio familiar, protegendo contra qualquer exploração laboral. A Constituição, aliada à CLT e tratados internacionais, reforça a vedação ao trabalho infantil e requer fiscalização para garantir o respeito aos direitos dos menores.

A seguir, abordou-se a evolução histórica da previdência social, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na Revolução Francesa, enfatizando a proteção social como direito subjetivo. No Brasil, as regras previdenciárias foram reconhecidas no século XX, com a Constituição de 1988, que prioriza a dignidade da pessoa humana e o acesso aos benefícios previdenciários como parte dos direitos dos cidadãos, ainda que estes, em sua grande maioria, contribuam de forma obrigatória para manter a Previdência. Outrossim, discorreu-se sobre o Regime Geral da Previdência Social e sobre a Lei Previdenciária.

O Segurado especial, conforme o artigo 11, VII, da lei 8.213/91, é definido como alguém que exerce atividades rurais em regime de economia familiar ou como pescador artesanal, com base na comercialização de sua produção. A comprovação desse *status* pode ser feita por meio de diversos documentos, conforme o artigo 106 da mesma lei. A inclusão de filhos como segurados especiais, desde que comprovada sua contribuição à atividade rural, representa uma adaptação necessária às realidades das famílias rurais, garantindo-lhes o acesso aos benefícios previdenciários.

A constituição, em seu artigo 194, parágrafo único e no Inciso II, garante a possibilidade de utilização dos diferentes períodos cumulados para fins de aposentadoria, aliados ao tema 1007 do STJ. Já a denominada aposentadoria por idade híbrida foi regulamentada nos §§ 3º e 4º do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, alterados pela lei 11.718, de 2008, que prevê

ao segurado cumular períodos rurais e urbanos, para compor o tempo necessário para se aposentar, nos termos da legislação.

Por fim, o estudo jurisprudencial se mostrou extremamente importante, ao elencar decisões procedentes no âmbito do TRF4. Foi possível analisar as teses utilizadas, haja vista que todas resultaram em votos unânimes aos principais elementos legais, em detrimento do ordenamento jurídico e de precedentes importantes, julgados recentes que corroboraram em favor do objeto da pesquisa.

Ficou evidente a importância da comprovação efetiva destes tempos de labor, primeiramente pela utilização de início de provas materiais contundentes, com a possibilidade de remeter a diversos documentos, de integrantes do grupo familiar, obviamente do requerente, mas principalmente a de seus genitores, como exemplificado no artigo 106 da lei nº 8.213/91. Contudo, mostrou-se, por meio da análise, que a prova testemunhal robusta e consistente foi de extrema valia para a comprovação, pois denota, por intermédio dos relatos de testemunhas idôneas, a complementação dos fatos ocorridos naquele tempo, em que o segurado desempenhava o trabalho, antes mesmo de completar os 12 anos de idade.

O problema da pesquisa foi efetivamente analisado no âmbito do direito previdenciário e pôde-se observar que as leis brasileiras são taxativas quanto à proibição do trabalho infantil, por meio de dispositivos criados para valorizar esta vedação, como o ECA e a CLT. Nessa mesma via, verificou-se que as leis não regulamentam de forma específica acerca do cômputo do labor anterior aos 12 anos de idade, por isso o segurado necessita apelar à via judicial, como a pesquisa pôde demonstrar.

Logo, a presente pesquisa, considerando os documentos legais, bem como a análise das decisões jurisprudenciais, confirmou a hipótese do reconhecimento do tempo de labor anterior aos 12 anos de idade para fins de aposentadoria. Restou evidente que aquele cidadão que

teve seus direitos usurpados, quando criança, não pode ser penalizado duplamente. Em razão disso, pode se utilizar daqueles tempos remotos, para fins previdenciários. Mas com a marcante ressalva de que ainda precisa recorrer à via judicial, uma vez que não está este tema pacificado no âmbito do direito previdenciário.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário – “Monstro Verde”/ Frederico Amado**. 16. ed., ver. E ampl. - São Paulo: Editora jusPodim, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008. Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 1, 13 jun. 2008. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Decreto+6.481+de+2008++Proibi%C3%A7%C3%A3o+das+piores+formas+de+trabalho+infantil>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 11937, 9 ago. 1943.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 nov. 2019. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Lei 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, 16 jul. 1990 e retificado em 27 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em: 05 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **AgInt no AREsp: 956558 SP 2016/0194543-9**. Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data de Julgamento: 02/06/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/882014565>. Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Súmula nº 73**. Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental. DJ (Seção 02) de 02/02/2006, p. 524 Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=su-mulas\\_trf4](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=su-mulas_trf4). Acesso em: 12 nov 2023

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5018983-22.2019.4.04.9999 - SC**. Recorrente: Jose Schabarium. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Des Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 19/5/2022 Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50189832220194049999&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50189832220194049999&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5003805-20.2021.4.04.7200 - SC**. Apelante: Adriana Salete Iago Bodner. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Des Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 27/6/2022 Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50038052020214047200&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50038052020214047200&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5013454-17.2022.4.04.9999 - PR**. Apelante: Aparecido Inácio. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Juiz federal Artur César de Souza. Porto Alegre, RS, 1/12/2022 Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50134541720224049999&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50134541720224049999&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&txtChave=&numPagina=1). Acesso em: 12 nov. 2023

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5000032-25.2021.4.04.7213** - SC. Apelante: Nadir de Lourdes Cimardi. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Relator Des Fed. Paulo Afonso Brum Vaz. Porto Alegre, RS, 15/6/2023 Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500003225.2021.4.04.7213&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500003225.2021.4.04.7213&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5002881-17.2022.4.04.9999/PR**. Apelante: Antônio de Oliveira David. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Relatora Desa Fed. Claudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, RS, 22/9/2023 Lex: Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500288117.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500288117.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5001993-48.2022.4.04.9999/PR**. Apelante: Simeí Fernandes. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Relatora Desa Fed. Claudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, RS, 22/9/2023 Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500199348.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500199348.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5003054-41.2022.4.04.9999/PR**. Apelante: Oseias Lisboa. Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator Relatora Desa Fed. Claudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, RS, 9/10/2023. Lex: jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Disponível em: [https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500305441.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=](https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=500305441.2022.4.04.9999&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=&seq=). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Página inicial. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=principal&>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21. ed. São Paulo: Forense, 2018.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Ceará: Universidade Estadual do Ceará, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho / Gustavo Filipe Barbosa Garcia**. – 18. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. ePUB.

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

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Rideel, 2021

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 26. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

JUSBRASIL, **Jurisprudência**: Decisões de todos os Tribunais, com busca unificada e gratuita. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. **Convenção nº 182** sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS\\_236696/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang--pt/index.htm). Acesso em: 18 jun. 2023.

RIBEIRO, M. H. C. A. **Trabalhador Rural – seguro especial**: legislação, doutrina e jurisprudência/Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro – 5. Ed.-Curitiba: Alteridade Editora, 2023.

ROSSATO, L. A.; LÉPORE, P. E.; CUNHA, R. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RODRIGUES, A. J. **Metodologia científica**: completo e essencial para a vida universitária. Avercamp, 2006.

VIEIRA, Marco André Ramos, **Manual de Direito Previdenciário**. 6. ed. Niterói: Impetus, p. 89, 2006.



**PARTE II**  
**DIÁLOGOS**  
**CONTEMPORÂNEOS EM**  
**DIREITO PENAL**





# Capítulo 08

## A INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS EM DELITOS QUE ENVOLVAM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA À MULHER

Alessandra Cristina Rossdeutscher Bialkowski  
Ricardo Emilio Zart

### 1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, ou Lei nº 11.340/06, foi instituída no ano de 2006, tendo como intuito coibir os atos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, estipulando normas e penas específicas para os agressores.

Todo o movimento para criação da nova lei iniciou, por conta, das sucessivas agressões e das duas tentativas de homicídios que Maria da Penha Maia Fernandes sofreu de seu companheiro, deixando diversas marcas em seu corpo e na sua vida. A Lei Maria da Penha ganhou este nome, justamente, para homenagear a mulher que tanto sofreu e tanto lutou por uma mudança na legislação brasileira.

Mesmo com a instauração da Lei específica para as mulheres, trazendo maior autoridade e penas mais graves para estas situações, ainda vemos diversos casos ocorrendo no Brasil, desde crimes menos graves para crimes gravíssimos.

Para os crimes menos graves, os chamados crimes de menor potencial ofensivo e/ou de menor gravidade, em geral a Lei nº 9.099/95, estipula que seu andamento se dê nos Juizados Especiais tanto criminais

como cíveis. Sendo assim, existe um tratamento diferenciado nos delitos considerados menos graves, recebendo os acusados, algum benefício despenalizador.

Os benefícios, ou também chamadas de medidas despenalizadoras, cita-se: a Suspensão Condicional do Processo, a Transação Penal e o Acordo de Não Persecução Penal, que foram criados para dar maior celeridade ao processo e, ao invés de somente punir, ensinar algo para o acusado, o qual para receber o benefício deve cumprir alguns requisitos, como prestação pecuniária e/ou prestação de serviço à comunidade, para, somente assim, ter a extinção da punibilidade decretada.

Da mesma forma, o crime não pode ter uma pena abstrata muito alta, o acusado também não deve ser reincidente em crime doloso, entre outros requisitos específicos para a oferta de cada benefício.

Ocorre, que em delitos da Lei Maria da Penha, o legislador foi contra a oferta das medidas despenalizadoras aos agressores, não sendo aceita a oferta de qualquer benefício, nem em casos de menor potencial ofensivo e de menor gravidade. Nesse sentido, questiona-se: como acontece a aplicação das medidas despenalizadoras em casos envolvendo Lei Maria da Penha e qual seria o melhor meio para a aplicação?

Nesse contexto, casos que possuem penas menores, acabam sendo atingidos pela prescrição da pena em abstrato pois, devido à grande demanda, o judiciário não consegue julgá-los em um período curto de tempo.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é analisar a (in) aplicabilidade de medidas despenalizadoras em casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, e os objetivos específicos são: descrever a legislação protetiva da mulher em casos de violência doméstica, compreender os fundamentos das medidas despenalizadoras e suas peculiaridades, e analisar os casos de extinção do processo pela prescrição punitiva do estado.

Diante disso, o presente trabalho tem como foco analisar o entendimento do legislador e buscar outros meios de o agressor ser atingido por uma punição e, conseqüentemente, garantir maior celeridade nos processos que envolvam violência doméstica e familiar.

Para tanto, inicialmente, será realizado um estudo sobre alguns pontos da Lei nº 11.340/06. Na sequência, será analisada também a Lei nº 9.099/95, e se seria cabível a sua aplicação em casos que envolvam a violência doméstica contra a mulher. E, por fim, serão analisados casos e posicionamentos de doutrinadores, além de jurisprudências e artigos, sobre os casos de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Desta feita, não se busca com o presente trabalho solucionar e esgotar efetivamente o tema, mas a compreensão das leis e possíveis soluções que possam trazer melhorias no andamento dos processos e na resolução destes conflitos.

## **2 MEDIDAS DESPENALIZADORAS EM DELITOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA À MULHER**

Para conseguir embasar o tema aqui tratado, é de extrema importância se adentrar em uma pesquisa mais aprofundada sobre a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e a Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), com a apresentação de doutrinadores que dominam a matéria penal e especificamente as leis aqui tratadas, além de pontuar artigos importantes da legislação vigente.

## 2.1 A ORIGEM DA LEI MARIA DA PENHA - LEI N. 11.340/06

A Lei que trata sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, tem como objetivo principal trazer maior proteção para as mulheres, tanto aquelas que sofrem violência física, como as que sofrem com violência velada, ou seja, violência psicológica, patrimonial e moral.

Antes da Lei Maria da Penha entrar em vigor, a mulher não tinha nenhuma lei própria no Brasil, que trouxesse maior proteção contra a violência sofrida nos lares, até que um caso chocou o país e fez com que fossem criadas normas protetivas.

Em 1983, Viveros atirou nas costas de Maria da Penha enquanto ela dormia, a deixando paraplégica. Maria da Penha ficou um tempo hospitalizada e, ao retornar a sua casa continuou sofrendo agressões. Duas semanas após o seu retorno, Viveros tentou matá-la novamente, mas, desta vez eletrocutada (Parodi; Gama, 2009).

Com isso, observa-se que o caso Maria da Penha relata a tolerância do Estado brasileiro, por não haver adotado as medidas necessárias para processar e punir o agressor, durante mais de 15 anos de tramitação do processo (Veras, 2018).

A história desta cearense nos mostra como foi árdua a sua luta para conseguir medidas que cessassem a violência que sofria em casa, nas mãos de seu companheiro.

Nota-se que, por muito tempo foi negligenciado o sofrimento da mulher pelas autoridades, sendo que o caso relatado por Maria da Penha, chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que acolheu as denúncias, sendo o Brasil responsabilizado pela negligência e omissão perante a violência doméstica e familiar, conforme o relatório:

A Comissão analisa neste relatório os requisitos de admissibilidade e considera que a petição é admissível em

conformidade com os artigos 46(2)(c) e 47 da Convenção Americana e o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. Quanto ao fundo da questão denunciada, a Comissão conclui neste relatório, elaborado segundo o disposto no artigo 51 da Convenção, que o Estado violou, em prejuízo da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial assegurados pelos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em concordância com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos, prevista no artigo 1(1) do referido instrumento e nos artigos II e XVII da Declaração, bem como no artigo 7 da Convenção de Belém do Pará (Relatório n° 54/01 – Caso 12.051).

Na petição elaborada por Maria da Penha, havia informações sobre a ineficácia do sistema penal brasileiro diante das contínuas e crescentes questões de violência doméstica no país. E quando um caso particular é visto, a justiça expõe a vida da vítima a um perigo ainda maior, pois o prazo prescricional de vinte anos estava à porta e a excessiva demora do processo violou os direitos humanos da vítima (Parodi; Gama, 2009).

Todas as recomendações dirigidas ao Brasil, no processo de revisão da legislação, foram no sentido de simplificar os procedimentos, tornando-os mais céleres, mas sem descuidar das garantias, capacitar os órgãos de polícia e de justiça, criar mais delegacias especializadas, além de adotar medidas não judiciais à solução dos conflitos intrafamiliares, bem como incluir o debate sobre violência contra a mulher nos currículos escolares (Veras, 2018).

Diante desse fato, iniciou-se a criação de leis que visavam a proteção da mulher, buscando trazer uma resposta a sociedade e especialmente as vítimas e, mais tarde, foi criada a Lei Maria da Penha, visando a proteção das mulheres que também sofriam violência no ambiente doméstico e familiar.

Criada a Lei, foi descrito em seu Art. 5<sup>o</sup>, as formas de violência que sofriam as mulheres dentro de seus lares e que seria abrangida e penalizada pela referida lei.

Nota-se que não se trata somente de violência física, mas também a patrimonial, ou seja, aquele que ameaça o sustento da família, ou até mesmo a residência da família. A psicológica, fazendo chantagens emocionais, ridicularizando aparência e diminuindo a vítima. Ainda, é aquela, sofrida em qualquer relacionamento amoroso afetivo no qual há convivência entre o casal.

A Lei Maria da Penha, é a aplicação legal da obrigação do Estado, no estrito cumprimento de seu dever público, na forma de ensino e, expressando seu repúdio oficial aos atos de violência doméstica e familiar, sem discriminação sobre a orientação sexual. É também, a consagração do Art. 226, §8<sup>o</sup> da Constituição Federal, mecanismo aberto para efetivação das garantias constitucionais do Art. 5<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988. (Parodi; Gama, 2009)

Assim preceitua o Art. 226, §8<sup>o</sup> da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§1<sup>o</sup> [...]

[...]

§ 8<sup>o</sup> 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 (Brasil, 1988, s/n).

---

<sup>1</sup> Art. 5<sup>o</sup> Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar n<sup>o</sup> 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Brasil, 2006, s/n).



Dessa forma, a Lei Maria da Penha veio para trazer uma proteção especial para a mulher, assim como existem a Lei para a proteção da criança e adolescente (ECA) e para a proteção do idoso (Estatuto do Idoso), cuidando daqueles com maior vulnerabilidade.

Portanto, vê-se que a Lei Maria da Penha, trouxe um olhar inovador para garantir direitos amplos a mulher, conseguindo abranger outras leis, como o Código Penal e a própria Constituição Federal. Tendo como intuito principal a garantia dos direitos humanos, e a correção do ato injusto contra a mulher.

## 2.2 AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS - LEI N. 9.099/95

As medidas despenalizadoras, ou também conhecida simplesmente como benefício penal, é um meio para se chegar em um acordo entre as partes, garantindo uma satisfação a vítima, ao acusado e também ao judiciário, tendo em vista que o processo será rapidamente resolvido.

Esses acordos tem como “penas” a aplicação de pagamento pecuniário, podendo este ser revertido a vítima, ou, serviços à comunidade, podendo contribuir em asilos de idosos, corpo de bombeiros, orfanatos, entre outros.

Visando o julgamento de delitos com menor potencial ofensivo, possibilitando o oferecimento de transações entre as partes (Capez, 2011), o Art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, permite a criação dos Juizados Especiais Criminais:

A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o

juízo e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...] (Brasil, 1988, s/n).

Esse instituto, conforme o próprio artigo da Lei diz, é para casos de menor complexidade e menor potencial ofensivo, trazendo maior agilidade para os processos cíveis e criminais e buscando uma aplicação de pena menos rigorosa.

Conforme Lopes Junior (2022), a adoção das medidas despenalizadoras marca um novo paradigma para o tratamento da violência, pois traz um momento de negociação no processo penal brasileiro.

Nos juizados busca-se a reparação dos danos à vítima, a conciliação civil e penal e a não aplicação de pena privativa de liberdade. Ainda, se baseia em cinco princípios: a) Oralidade; b) Informalidade; c) Economia processual; d) Celeridade; e) Finalidade e prejuízo. (Capez, 2011)

A Lei n. 11.313/06, alterou o Art. 61 da Lei 9.099/95, estabelecendo que os crimes com pena máxima não superior a 2 (dois) anos seriam considerados de menor potencial ofensivo. (Capez, 2011). Vejamos:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Brasil, 1995, s/n)

Para a aplicação das medidas despenalizadoras, é marcada audiência preliminar, para tentar uma composição dos danos, sendo que o Ministério Público oferece uma proposta com uma sanção não privativa

de liberdade. Discutindo-se com o autor para se chegar em um consenso, e um termo que satisfaça a ambos. Sendo então, o benefício submetido ou não a homologação de um juiz de direito (Demercian; Maluly, 2008, p. 62).

Caso ocorra o descumprimento das condições impostas pela transação penal, o RHC 29.435 do STJ permitiu que fosse oferecida denúncia e ocorresse o prosseguimento do feito (Lopes Junior, 2022).

A explicação de como funciona a transação penal, está elencada no Art. 76, da Lei 9.099/95:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (Brasil, 1995, s/n)

Da mesma forma ocorre na suspensão condicional do processo, onde conforme Demercian e Maluly (2008), ocorrerá, obrigatoriamente, a revogação do benefício caso o acusado vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, elencado, no Art. 89, §3º da Lei nº 9.099/95. Poderá também ser facultado ao juiz, caso o acusado seja processado por contravenção penal ou descumprir as demais condições fixadas, conforme Art. 89, §4º da presente Lei.

Observa-se o que está disposto no Art. 89 da Lei 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal ).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

- I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
- II - proibição de frequentar determinados lugares;
- III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
- IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos (Brasil, 1995, s/n).

O artigo acima, cita como é feita a homologação do acordo, desde o seu oferecimento, recebimento, seu aceite e, por fim sua homologação. Em seu § 3º, explica em quais hipóteses ocorrerá a revogação e, em seguida o que ocorrerá se houver o cumprimento nos termos acordado, devendo ser extinta a punibilidade do acusado. Ademais, caso o beneficiado não aceite os termos, o processo seguirá normalmente.

Ainda que tenha passado o período de prova, mas não tenha ocorrido a extinção da punibilidade, poderá ocorrer a revogação da benesse caso descumprida alguma medida. Somente quando é declarada extinta a punibilidade, que não poderá mais se proceder contra o imputado. (Junior, 2022).

As regras acima citadas servem também para o benefício da transação penal, e caso descumprido algum item do acordado, o benefício poderá ser revogado.

## 2.3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP

A Lei n. 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, trouxe para o Código de Processo Penal (CPP) o instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), com previsão no art. 28-A do CPP (Nascimento; Seixas, 2023).

O ANPP, nada mais é do que um benefício ao acusado, sendo citadas e acordadas certas punições ao invés de uma pena em regime aberto.

Este dispositivo demonstra a tendência do Estado brasileiro a um modelo de justiça consensual negociada, como o próprio nome já remete, sendo assim uma espécie de pacto entre o investigado e o Ministério Público (Nascimento; Seixas, 2023, p. 14).

Como cita Guinalz (2019), o ANPP tem como principal função aliviar a sobrecarga dos tribunais, visando a agilidade e eficiência, autorizando uma maneira consensual na resolução do conflito.

O ANPP é mencionado no art. 28-A do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente [...]

Juntamente dele, apresenta-se cinco incisos que dispõe de qual maneira será punido o acusado, se tratando de: reparação do dano a vítima, renunciar bens ou produtos oriundos do crime, prestação de

serviço a comunidade, pagar prestação pecuniária a ser estipulada e cumprir condição a ser estipulada pelo Ministério Público.

Importante frisar, que o benefício não poderá ser aplicado ao reincidente ou quando as provas angariadas demonstrem que o indiciado possui conduta criminosa habitual (Nascimentos; Seixas, 2023).

Nota-se do exposto, que para ter direito ao benefício devem ser observados os requisitos do art. 28-A. Não obstante, o processo penal consensual pátrio não é de todo incompatível com os crimes cometidos mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa. Veja-se, por exemplo, os crimes de ameaça (art. 147 do CP), constrangimento ilegal (art. 146 do CP), lesão corporal simples (art.129 do CP) e a contravenção penal de vias de fato (art. 21 da LCP), todos definidos como delitos de menor potencial ofensivo, sujeitos aos institutos despenalizadores da Lei n. 9.099/95. [...] Nessa linha, em prol do princípio da proporcionalidade, para os delitos considerados de menor potencial ofensivo, ainda que cometidos mediante violência ou grave ameaça, deve ser admitido o ANPP, caso se preencham os demais requisitos, como não ter sido cabível a transação penal. (Casaril, 2021, p.70)

Dessa feita, aqueles crimes cometidos com violência ou grave ameaça deveriam receber a proposta de acordo, desde que fossem de menor ou médio potencial ofensivo.

Ocorre que, assim como nos casos da Lei n. 9.099/95, o ANPP não pode ser ofertado em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, em nenhuma hipótese.

No HC 106.212/STF, a Defensoria Pública da União questionava decisões judiciais que negaram a suspensão condicional do processo a paciente condenado nas penas do artigo 21, caput, do Decreto-Lei no 3688/41. O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a ordem e assentou

que o artigo 41 da Lei 11340/06 afasta os institutos da 9099/95, mesmo quando se trate de contravenção penal. Na ementa, restou explícito o afastamento peremptório da lei dos juizados no processo crime que revelar violência contra a mulher. (Casaril, 2021, p. 79)

É certo, que nos casos que ocorra violência contra a mulher, tente-se a todo o custo repelir tal injustiça, sob o olhar da desigualdade entre as partes. Tendo em vista que na maioria das vezes o homem é o mais forte e o provedor da casa, sentindo-se a mulher, com medo e ameaçada.

Conforme pontuado por Casaril (2021), para termos acordos que cheguem ao sucesso, necessário haver evolução para se chegar em soluções adequadas para o combate dos conflitos.

Observa-se que os acordos, seriam um meio de acompanhar o acusado e a vítima, dependo de quais e como as medidas seriam dispostas ao beneficiado, vinculando-o judicialmente por um período razoável para o acompanhamento, citando cláusula específica sobre novo ato de violência doméstica (Oliveira, 2015).

Dessa maneira, haveriam soluções mais adequadas para a não reiteração do acusado, e também para a assistência a vítima, podendo o judiciário ser beneficiado concomitantemente pela agilidade na resolução do conflito pelo oferecimento do ANPP.

### 3 METODOLOGIA

Conforme explica Libaneo (2001), a metodologia é uma ferramenta importante para a pesquisa pois, com ela, o trabalho se torna mais prático, levando o aluno a pensar e analisar, possibilitando a escolha do melhor caminho para o seu desenvolvimento.



Esta pesquisa baseia-se, quanto aos objetivos, em uma pesquisa descritiva e explicativa, pois, foi coletado dados e informações, apresentando resultados por meio da descrição, bem como explicação da percepção e análise da complexidade do problema e das intervenções variáveis.

Ademais, quanto aos procedimentos, o método utilizado será o bibliográfico e documental, tendo como base livros, artigos científicos, revistas, resumos, teses, doutrinas e leis.

Em relação a abordagem do problema, a forma se dará de maneira qualitativa, conforme Silva, Oliveira e Silva (2021) esse tipo de pesquisa, ocorre através de uma investigação ou fato social, sendo coletado e analisado dados. Em poucas palavras, o presente trabalho buscará informações e documentos.

#### **4 A IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS E DO ANPP NO RITO DA LEI MARIA DA PENHA**

Foi entendido que os casos de crimes praticados em âmbito doméstico não deveriam ser possibilitados a oferta dos benefícios ao denunciado, isso porque, deveria haver uma penalidade maior, que, de fato, pudesse conter os crimes praticados nesse contexto e repelir qualquer tipo de violência.

O autor de um delito considerado de menor potencial ofensivo contra uma mulher, no âmbito das relações domésticas, não poderá ser beneficiado com a transação penal ou mesmo com a suspensão condicional do processo (Demercian; Maluly, 2008).

Veras (2018), em sua obra destacou que a Lei Maria da Penha cuidou de proibir a aplicação dos institutos despenalizadores, que

poderiam ser instrumentos de negociação, com anuência da vítima, para a responsabilização e oportunidades de reflexão para mudança de conduta.

Na Lei Maria da Penha, foi elencado taxativamente que serão afastadas as medidas despenalizadoras, conforme se observa em seu artigo 41, “*Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.* (Brasil, 2006, s/n)”

Ainda, foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sua súmula n. 536 que as medidas despenalizadoras não devem e não podem ser aplicadas a qualquer crime cometido no âmbito da Lei Maria da Penha, “*A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha*” (Súmula 536, Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

No mesmo sentido, trata o artigo 28-A, § 2, inciso IV, do Código de Processo Penal “*nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor*” (Brasil, 1941, s/n), que proíbe o oferecimento do ANPP aos crimes praticados contra a mulher.

Com isso, qualquer crime praticado no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, não poderá o acusado ter a possibilidade de receber algum benefício, logo, o processo será recebido e processado como qualquer processo com maior lesividade, ou seja, será processo pelo rito comum.

O movimento feminista a algum tempo já vinha temendo que a proibição da aplicação dos institutos despenalizadores, trouxesse um aumento nas prescrições dos processos. E é exatamente o que vem ocorrendo, um número altíssimo de prescrição e menor de taxa de condenação criminal. (Veras, 2018).

Vejamos que, o Relatório de Comissão Interamericana, em suas determinações nunca proibiu que fossem ofertadas a aplicação de alternativas despenalizadoras, somente exigiu que fosse elaborada uma

lei punitivista que fossem no sentido de simplificar os procedimentos, tornando-os mais céleres, mas sem descuidar das garantias (Veras, 2018).

Já para Parodi e Gama (2009), acreditam que a impossibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras foi acertada, esclarecendo que os juizados especiais não estavam cumprindo com o seu objetivo, ocorrendo mais casos de violência doméstica.

Veras (2018, p. 150), é taxativa ao dizer que:

Aplicar a suspensão condicional do processo aos crimes de violência doméstica contra a mulher não é o mesmo que dizer que se tratam de crimes ou contravenções de menor potencial ofensivo. Ao contrário. É fazer a distinção técnica dos institutos e analisar o que traz maior proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Mesmo sendo louvável o intuito de coibir a violência contra a mulher, não se pode fazê-lo de maneira a violar as garantias previstas constitucionalmente, ou mesmo retroceder em matéria de legislação penal, porque, a intervenção mínima e restrição da aplicação de penas privativas de liberdade representam grande avanço no sentido de conseguir a tão almejada pacificação social (Costa, 2007).

[...] utilizar o meio repressivo, isto é, as penas previstas em lei, como a única forma de coibição à violência, é colaborar para uma sensação de impunidade à vítima, e conseqüentemente para a sociedade. Isto ocorre, pois, as penas para o crime de violência doméstica contra a mulher são mínimas, e alguns poucos meses de reclusão ou detenção para os crimes de lesão corporal e ameaça (Nascimento; Seixas, 2023, p. 17).

Observando os dois lados, têm-se diversas discussões que vem à tona. Alguns apontam a ineficácia de somente punir com medidas menos

gravosas, outros expõe a ineficácia do Estado, por não conseguir julgar os processos rapidamente e punir os acusados. Portanto, acaba surgindo com isso uma pergunta ainda sem respostas, sobre qual seria a melhor solução para estes casos.

#### 4.1 UM COMPARATIVO DOS BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADAS E DO ANPP EM CASOS DA LEI MARIA DA PENHA

Como já observado no tópico acima, as medidas despenalizadoras e o ANPP não são cabíveis em casos que envolvam a violência doméstica e familiar, sendo caso pacificado pelo STJ e pela própria legislação.

Entretanto, abaixo apresenta-se um quadro contendo prós e contras, caso pudessem os benefícios serem aplicados aos casos que envolvem a Lei Maria da Penha.

Quadro 1 – Comparativo

BENEFÍCIOS	MALEFÍCIOS
Maior celeridade ao processo;	Uma punição menos gravosa;
Ofertar aos acusados a possibilidade de reparar a infração cometida com menor penalização;	Possivelmente, maior reiteração ao crime;
Menos processos que alcançam a prescrição e a extinção da punibilidade do acusado;	Ausência de um efetivo acordo entre as partes;
A punição gerada pelo benefício faz com que o Estado e a vítima recebam algo em troca;	A vítima ficar temerária pelo réu não ter pena a cumprir;
Menos processos parados no judiciário.	
Possibilidade de cláusula de acompanhamento	

Fonte: os autores.

Soares (2020, *apud* Casaril, 2021, p. 83) aponta que através dos acordos o Estado poderia estar abrindo portas para a violência e contribuindo para o aumento dos índices dos crimes contra a mulher.

Em contrapartida, Casaril (2021, p. 82), expõe os benefícios da aplicação:

Os acordos abrem um leque de possibilidades para a solução artesanal do conflito, levando em consideração as necessidades da vítima. Necessário, inclusive, que ela seja ouvida prévia e separadamente do infrator para que possa expor suas expectativas e ser esclarecida quanto às possibilidades jurídicas existentes para a solução do conflito.

Portanto, levar em consideração não somente os males, mas também os vastos benefícios que a permissão para ser proposto os benefícios e/ou o ANPP aos acusados de crimes envolvendo a Lei Maria da Penha, traria uma grande evolução ao judiciário brasileiro.

Dito isso, deveria ser analisado e observado cada caso concreto, se já houve reiteração no mesmo fato criminoso, ou se foi um fato cometido isoladamente pelo acusado. Também, observar as condições psicológicas da vítima, além de fixar uma cláusula de acompanhamento do acusado e da vítima, possibilitando com que fosse observado se há ou não nova conduta criminosa do mesmo âmbito. Tudo isso, visando uma assertiva no momento da aplicação do benefício.

## 4.2 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM ABSTRATO

A prescrição de pretensão punitiva em abstrato do Estado, significa que o Estado deixou de cumprir com o seu dever de punir o autor de um

crime, isso porquê, ultrapassou-se o tempo razoável para fazê-lo, que está previsto em lei. Portanto, basicamente, a prescrição significa a perda do Estado de punir o agente, sendo o processo extinguido.

Checker (2016), destaca que a Constituição Federal de 1988 impõe a prescritibilidade como regra para os crimes e tal exigência é satisfeita com a existência de prazos prescricionais fundados na pena máxima.

A legislação diz claramente que a investigação criminal e o andamento processual criminal devem ser analisados sem demora, o que de forma alguma implica a possibilidade de impunidade, mas sim o razoável prosseguimento do processo. Um órgão para evitar a estagnação do judiciário no julgamento de processos, e não a causa da erradicação de penas. (Cheker, 2016).

Sabe-se que o Brasil é um país com alta taxa de criminalidade, fazendo com que o judiciário receba cargas de processo em números elevados, não tendo como agilizar os processos, devido à grande demanda.

O Brasil precisa urgentemente de melhoras no instituto da prescrição. Veja-se que a prescrição penal, definitivamente, não é um meio de isentar o réu ou investigado de um processo ou procedimento contra ele. É, em essência, um meio de proteção contra a inércia estatal. (Cheker, 2016).

Consoante o autor, o Estado tem a tarefa de buscar a punição do investigado, mas não se pode eternizar o direito de punir. Portanto o *quantum* da pena será fixada pelo juiz, e o prazo prescricional será a combinação da pena máxima prevista abstratamente ao delito imputado ao agente, observando a escala do Art. 109.

A prescrição está disciplinada no Art. 109 do Código Penal, veja-se:

A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade

cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). (Brasil, 1940, s/n).

Do exposto, o que delimita o tempo para a prescrição é a quantidade da pena abstratamente imposta ao autor do delito, quanto mais grave o delito, maior é a pena e, conseqüentemente, maior o tempo do Estado para punir. Entretanto, os crimes de menor potencial ofensivo possuem penas mais pequenas, assim, o tempo que o Estado possui para a punição é bem menor.

A prescrição ocorre quando o Estado já não tem mais a possibilidade de impor o seu poder de punir/dever, que pode ocorrer tanto durante a investigação ou posteriormente quando a ação penal for instaurada. A prescrição tem duas funções, quais sejam: determinar uma medida adequada na forma do Estado atuar ao perseguir o crime que está sendo investigado ou julgado, e também para que a segurança jurídica esteja presente na avaliação dos casos, sendo importante ressaltar que segurança jurídica não é, em qualquer hipótese, sinônimo de estimular a prescrição (Cheker, 2016).

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988, traz em seu Art. 5<sup>a</sup>, LXXVIII, a garantia da celeridade dos processos, conforme disposto: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

*duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*  
(Brasil, 1988, s/n).

Segundo dados registrados pelo último levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), nos anos de 2016 e 2020, o número de processos em aberto cresceu, saltando de 880.197 processos em 2016 para 1.143.489 casos pendentes de julgamentos. A principal causa desses problemas, como sempre é apontado pelos pesquisadores, diz respeito à insuficiência da estrutura estatal para lidar com a grande quantidade de processos (Nascimento; Seixas, 2023, p. 18)

Então, a celeridade deve ser vista como uma garantia proporcionada aos cidadãos, tanto a vítima, quanto ao acusado, visto que ambos têm interesse que o processo seja julgado logo. Inclusive, por se tratar de garantia fixada na Constituição Federal, torna-se um dever do Estado.

A maioria dos crimes que envolvem a Lei Maria da Penha, prescrevem entre três a quatro anos, pois tem penas baixas. Os acusados acabam por ser beneficiados, pois a prescrição traz as seguintes consequências: (i) Desaparece para o Estado seu direito de punir, inviabilizando qualquer análise do mérito; (ii) Eventual sentença condenatória provisória é rescindida, não se operando qualquer efeito (penal ou extrapenal) ; (iii) O acusado não será responsabilizado pelas custas processuais; (iv) Terá direito à restituição integral da fiança, se a houver prestado. (Cunha, 2015).

Na prática, utilizar o meio repressivo como única forma de combate à violência é trazer uma sensação de impunidade, não apenas à vítima, como a toda a sociedade. É que as penas para a maioria dos crimes envolvendo violência doméstica contra a mulher são ínfimas (alguns poucos meses de reclusão ou detenção para os crimes de lesão corporal e ameaça). Assim, ao infrator primário – o mesmo que poderia ser contemplado com o acordo, será fixado, se condenado, o regime prisional aberto,



com cumprimento em prisão domiciliar que, diante da ausência de fiscalização acaba reduzido a nada (Ávila, 2014, *apud* Casaril, 2021, p. 80).

Bem verdade, o Estado não tem a estrutura necessária para acomodação de tantos réus em regime aberto, sendo assim, se o Apenado por prática de crime contra a mulher ter sua pena fixada no regime aberto, não sofrerá grande punição. Havendo ainda, mais probabilidade na reiteração criminosa, visando que não é em todas as ocasiões que o casal se separa.

A extinção da punibilidade consiste no desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos na lei, trata-se, definitivamente, da não imposição de pena ao delinquente (Nucci, 2005).

Lembrando ainda, que o réu tem direito a ser julgado em tempo razoável, levando em consideração a aflição quanto à espera de um julgamento e visto que a demora judicial vem a ser uma grave consequência do descumprimento do direito fundamental acima citado. (Lopes Júnior, 2022)

Do exposto, fica claro que é um dever do judiciário fazer com que as vítimas e também o acusado tenham uma resposta daquele processo.

Por outro lado, não se pode esquecer a quantidade de processos que se tem em nosso país, cabendo ao legislativo identificar projetos que façam com que os processos não sejam esquecidos, mas sim, que ocorra de alguma forma o desenrolar dos fatos e o posterior julgamento necessário.

Em casos de delitos que envolvam a Lei Maria da Penha, infelizmente ocorrem diversos casos de extinção. Abaixo julgados dos Tribunais de Justiça de todo território nacional, para demonstrar que não é em um estado isolado que ocorre a prescrição, mas sim, em todo o país, sendo um problema nacional.

Quadro 2 - Tabela processos da Lei Maria da Penha, extintos pela prescrição nos últimos cinco anos

<b>Número do Processo</b>	<b>Tribunal e data que julgou</b>	<b>Resumo da Ementa</b>
50006994220188210024	Rio Grande do Sul, julgado em 05.09.2022	Apelação. Lesão Corporal. Violência doméstica. Extinção da Punibilidade pela prescrição.
00025893220148240033	Santa Catarina, julgado em 11.09.2018	Apelação. Lesão corporal leve. Prescrição em sua modalidade intercorrente. Extinção da punibilidade.
00485401620138240023	Santa Catarina, julgado em 14.03.2019	Lesão corporal. Prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa.
00007186820138240043	Santa Catarina, julgado em 24.01.2019	Lesão corporal. Prescrição retroativa. Transcurso do prazo entre recebimento da denúncia e julgamento.
50023544120178210038	Rio Grande do Sul, julgado em 28.07.2022	Lesão corporal. Extinção da punibilidade pela prescrição.
02280533920178130433	Minas Gerais, julgado em 02.08.2023	Apelação. Ameaça e vias de fato. Prescrição da pretensão punitiva. Extinção.
01684080520118090175	Goiás, julgado em 18.10.2018	Lesão corporal. Extinção da punibilidade pela prescrição.
00024469820158160140	Paraná, julgado em 19.06.2019	Prescrição. Pena in abstracto crime de ameaça. Prazo prescricional de 3 anos.
02173611420188190001	Rio de Janeiro, julgado em 09.08.2022	Lesão corporal. Prescrição da pretensão punitiva.
00018018620148240075	Santa Catarina, julgado em 04.04.2019	Lesão corporal. Prescrição retroativa. Extinção da Punibilidade.
00877752820168130625	Minas Gerais, julgado em 12.04.2022	Ameaça. Declarada a prescrição e extinta a punibilidade.
00004146120158240023	Santa Catarina, julgado em 04.06.2019	Lesão corporal. Prescrição da pretensão punitiva estatal na forma retroativa.

Fonte: os autores, com dados retirados do site JusBrasil.

No quadro acima, nota-se que a maioria dos crimes com penas baixas como, lesão corporal, vias de fato e ameaça, costumeiros em ocorrências e processos da Lei Maria da Penha, tem sua prescrição declarada e extinção da punibilidade decretada, exatamente por se ter um período muito curto para o processamento e desenrolar do feito.

Observando tantas decisões no sentido da extinção do processo pela prescrição, pode-se ter um panorama da insatisfação de todos os envolvidos pela não aplicação de nenhuma pena e de nenhuma restrição aplicada ao acusado, restando a vítima da mesma forma desamparada, além do mais, o Estado se mostra ineficaz pela ausência de celeridade no julgamento e processamento dos fatos.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa, foi possível extrair diversas informações relevantes para o entendimento da não aplicação de benefícios em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, nota-se as diversas linhas de pensamento oriundas de doutrinadores com notório saber jurídico, sendo que alguns deles são contra a inaplicabilidade das medidas beneficiadoras, enquanto outros são a favor da não aplicação.

De um ponto de vista imparcial, o assunto traz diversas discussões e abre portas para questionamentos, que ainda não se tem uma resposta concreta e correta.

O STJ, em sua súmula n. 536, considerou que nenhuma medida despenalizadora deveria ser ofertada ao acusado de praticar qualquer crime disposto na Lei Maria da Penha, assim também é o disposto na própria Lei específica.

Entende-se que por ser assunto pacificado pela Corte, não haveria brechas para discussão. Entretanto, o assunto é mais delicado do que aparenta pois, mesmo com a maior penalização para crimes que envolvem violência doméstica e familiar alguns acusados passam impunes por conta do tempo, ou seja, alguns processos acabam prescritos pela falta de rapidez nos julgamentos.

Nesse diapasão, abre-se brechas para pensar em soluções para o problema. Nota-se que alguns doutrinadores citam que as medidas despenalizadoras não teriam sido proibidas pela Corte dos direitos Humanos, somente teria sido solicitado para que fossem tomadas medidas eficazes.

Entretanto, outro ponto de vista esclarece que deveriam ser tomadas medidas mais drásticas e por conta disso os benefícios seriam muito leves para serem utilizados como única medida para repelir a violência contra a mulher.

Assim, a importância da questão do trabalho a qual versa sobre “qual seria o melhor meio para a aplicação das medidas despenalizadoras ou qual seria a melhor punição para os acusados?”

O presente trabalho não foi elaborado para sanar as questões arguidas, mas sim, para pesquisar e trazer pontos que poderiam ser melhorados para trazer benefícios a todas as partes.

Dessa forma, nota-se que a melhor opção tanto para o judiciário que não tem suporte suficiente para analisar e julgar um volume tão grande de processos que existem, para a vítima que espera uma resposta do Estado e também para o condenado que espera que o processo acabe logo para sanar a ansiedade e angústia que lhe rondam, seria melhor optar por um sistema que fosse mais rápido.

Para tanto, observando o pensamento dos doutrinadores, juntamente com as jurisprudências trazidas no trabalho, conclui-se que o judiciário não vem conseguindo julgar tamanha quantidade de processos.

Por conta disso, para garantir maior celeridade e a garantia razoável do processo, objetivando a menor taxa de processos extintos pela prescrição, poderia ser criado um sistema de triagem dos processos de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher para, por exemplo, ver se os acusados são reincidentes, se já foram feitas outras medidas protetivas e etc. Possibilitando que fossem oferecidas as medidas despenalizadoras, com condições específicas para o caso.

Ademais, as exigências para o cumprimento das medidas despenalizadoras, deveriam ser elaboradas pensando no bem estar da vítima. Podendo o pagamento pecuniário ser revertido em favor dela. Novamente, frisa-se, que cada caso deveria ser analisado e observado quais seriam as melhores opções.

Com base em tais exposições, o presente trabalho acadêmico instiga conhecimento acerca da legislação que permeia tal problemática, apresenta os posicionamentos e justificativas utilizadas para resolução do conflito e, por fim, expõe a necessidade de parametrização acerca da matéria.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2023]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 maio 2023.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, p. 23911, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm). Acesso em: 09 maio 2023.

BRASIL. Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 15 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2003. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 8 ago. 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).

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em: 09 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 03 mai. 2023

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2011.

CASARIL, Fabio Rodrigo. A possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal em casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. **Revista Jurídica do MPRO**, ano 4, n. 5, jan-dez/2021.

CHEKER, Monique. **Modelo Prescricional Brasileiro: Um Incentivo à Impunidade**. 2016. Disponível em: [jota.info/especiais/pelo-mp-modelo-prescricional-brasileiro-um-incentivo-impunidade-01052016](http://jota.info/especiais/pelo-mp-modelo-prescricional-brasileiro-um-incentivo-impunidade-01052016). Acesso em: 13 maio 2023.

COSTA, Wanessa Paulino da. **Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**: a possibilidade de aplicação da justiça restaurativa. 2010. 84 f. Monografia. (grau em Direito) – Curso de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007.

DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge A. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais**. 4 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2008. E-book. 978-85-309-5597-7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5597-7/>. Acesso em: 13 maio 2023.

GUINALZ, Roberto Donizete. **Consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo. Liber Ars, 2019.

GOIÁS. Tribunal De Justiça de Goiás (2. Câmara Criminal). **Apelação Criminal: 0168408-05.2011.8.09.0175**. Lesão corporal praticada no convívio familiar (Lei Maria da Penha). Extinção da punibilidade. Prescrição superveniente. Reconhecimento de ofício. Prejudicado o exame do mérito recursal. Apelante: I.V.L. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Leandro Crispim. Data de Julgamento: 02/10/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-go/639944895>. Acesso em: 5 nov. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LIBÂNIO, João Batista. **Introdução à vida intelectual**. São Paulo: Loyola, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (9. Câmara Criminal Especializada). **Apelação Criminal nº 0228053-39.2017.8.13.0433**. Ementa: apelação criminal - apelação criminal - violência doméstica - ameaça e vias de fato, no âmbito da lei 11.340/06 (maria da penha) - prejudicial de mérito: prescrição superveniente da pretensão punitiva - ocorrência - extinção, de ofício, da punibilidade - análise do mérito prejudicada [...]. Apelante: A.S.A.S. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des.(a) Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 02/08/2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1918730684>. Acesso em: 5 nov. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de justiça do estado de Minas Gerais (6. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0087775-28.2016.8.13.0625**. Ementa: apelação criminal - lei maria da penha - ameaça - (art. 147 cp) prescrição da pretensão punitiva - declarada a prescrição e extinta a punibilidade - Sendo a pena privativa de liberdade inferior a um ano, decorrido o prazo prescricional de três anos (art. 109, VI do CP), resta caracterizada a prescrição da pretensão punitiva, devendo ser extinta a punibilidade. Apelante: Ministério Público. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Bruno Terra Dias. Data de Julgamento: 12/04/2022. Data de Publicação: 20/04/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1880664995>. Acesso em: 5 nov. 2023.

NASCIMENTO, Daniela Cavalcante do; SEIXAS, Bernardo Silva de. A (in)aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos fatos típicos previstos na lei maria da penha. **Revista foco**, Curitiba/PR, v. 16, n.9, p. 01-25, setembro, 2023.

NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. OEA. **Relatório nº 54/01\* caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes**. 2001. Disponível em: [https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA\\_CIDH\\_relatorio54\\_2001\\_casoMariadaPenha.pdf](https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf). Acesso em: 13 maio 2023.



OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema penal. São Paulo: Almedina, 2015.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha** – Comentários à Lei no 11.340/2006. 1. ed. Campinas: Russell Editores, 2009.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0002446-98.2015.8.16.0140**. Apelação crime - violência doméstica contra a mulher - manutenção de medidas protetivas - pretensão de revogação por parte do noticiado - ocorrência de prescrição - prazo prescricional de três anos - extinção da punibilidade ante a prescrição da pretensão punitiva pela pena in abstracto ao crime de ameaça - reconhecimento de ofício - conseqüente revogação das medidas protetivas - recurso prejudicado [...]. Apelante: J.W.N. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Antonio Loyola Vieira. Data de Julgamento: 30/05/2019. Data de Publicação: 19 jun. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/834742078>. Acesso em: 5 nov. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 50006994220188210024**. Lesão corporal. Violência doméstica. Extinção da punibilidade. Decorrido tempo superior a três anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, inexistentes outros marcos interruptivos ou suspensivos, está extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Extinção da punibilidade. Prescrição declarada. Análise de mérito prejudicada. Apelante: G. DE. O. P. Apelado: Justiça Pública. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Data de Julgamento: 05/09/2022. Data de Publicação: 05/09/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1821593077/inteiro-teor-1821593080>. Acesso em: 5 nov. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 50023544120178210038**. Lesão corporal. Violência doméstica. Extingção da punibilidade. Decorrido tempo superior a três anos desde a publicação da sentença e a conclusão do recurso para julgamento, inexistentes outros marcos interruptivos ou suspensivos, está extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, extinção da punibilidade. Prescrição declarada. Análise de mérito prejudicada. Apelante: D.C. Apelado: Justiça Pública. Relator: Jayme Weingartner Neto. Data de Julgamento: 28/07/2022. Data de Publicação: 28/07/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/1734085419>. Acesso em: 5 nov. 2023.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro (2. Câmara Criminal). **Apelação nº 0217361-14.2018.8.19.0001**. Lesão corporal na forma da lei maria da penha. Preliminar defensiva para o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Acolhimento. Marco inicial que demonstra a ocorrência da prescrição, conforme art. 109, V do CP. Preliminar acolhida. Extingção da punibilidade da apelante pela prescrição da pretensão punitiva. Apelante: C.S.DE.O. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Celso Ferreira Filho. Data de Julgamento: 09/08/2022. Data de Publicação: 11/08/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1727775960>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (2. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 00025893220148240033**. Crime de lesão corporal leve praticada com violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 129, § 9º, do cp). Sentença condenatória. Recurso do réu. Pedido de absolvição com fundamento na legítima defesa [...]. Apelante: A. C. B. K. Apelado: Justiça Pública. Relator: Volnei Celso Tomazini. Data de Julgamento: 11/09/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/625689241>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 00485401620138240023**. Lesão corporal no âmbito doméstico (art. 129, § 9º, do código penal) e lesão corporal grave (art. 129, § 1º, inciso II, do código penal). Ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em relação ao crime previsto no art. 129, § 9º, do código penal. Extinção da punibilidade, de ofício [...]. Apelante: P. C. M. Apelado: Justiça Pública. Relator: Paulo Roberto Sartorato. Data de Julgamento: 14/03/2019. Primeira Câmara Criminal. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/692175374>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 00007186820138240043**. Crime de violência doméstica. Lesão corporal (art. 129, § 9º, CP), nos moldes da lei n. 11.340/2006. Sentença absolutória. Art. 386, III, CPP. Recurso da acusação. Pretendida condenação diante da presença de elementos probatórios suficientes que confirmam a ocorrência da conduta delituosa [...]. Apelante: Ministério Público. Apelado: Justiça Pública. Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Data de Julgamento: 24/01/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/670798736>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (1. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0001801-86.2014.8.24.0075**. [...] Prescrição retroativa, todavia, declarada de ofício. Transcurso do prazo prescricional entre o recebimento da denúncia e o presente julgamento (Art. 109, VI, do CP). Extinção da punibilidade que se impõe. Apelante: Ministério Público. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho. Data de Julgamento: 04/04/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/697920798>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (3. Câmara Criminal). **Apelação Criminal nº 0000414-61.2015.8.24.0023**. Crime contra a pessoa. Lesão corporal decorrente de violência doméstica (art. 129, § 9º, do código penal) com a incidência da lei maria da penha (lei n. 11.343/06). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Pedido de reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade retroativa. Viabilidade [...]. Apelante: C.A de A. Apelada: Justiça Pública. Relator: Des. Ernani Guetten de Almeida. Data de Julgamento: 04/06/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/717877806>. Acesso em: 5 nov. 2023.

SILVA, Michele Maria da; OLIVEIRA, Guilherme Saramago de; SILVA, Gilênio Oliveira da. A pesquisa bibliográfica nos estudos científicos de natureza qualitativos. **Revista Prisma**, Rio de Janeiro/RJ, v.2, n.1, p.91-103, 2021. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/45-Texto%20do%20artigo-135-1-10-20211225.pdf>. Acesso em: 20 maio 2023.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira. **A masculinidade no banco dos réus**: um estudo sobre gênero, sistema de justiça penal e a aplicação da lei maria da penha. 2018. 356 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Cap. 5 e 6.

# Capítulo 09

## DA EFICÁCIA DOS TERMOS CIRCUNSTANCIADOS LAVRADOS EM DECORRÊNCIA DO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006

Alexandre Röhrig  
Ricardo Emílio Zart

### 1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo propôs o estudo do seguinte tema: a eficácia dos termos circunstanciados lavrados em decorrência do delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Esse tema demonstrou-se importante, especialmente pela falta de padronização nacional dos procedimentos, que não atendem aos princípios fundamentais dos Juizados Especiais Criminais, qual sejam: a celeridade e eficácia processual, bem como é alvo de discussões nas mais diversas camadas sociais, no que tange o combate ao uso de entorpecentes.

Verificou-se, inicialmente, o elevado índice de sentenças proferidas com fundamento na prescrição da pretensão punitiva estatal, demonstrando a baixa efetividade dos órgãos do poder judiciário, bem como a ineficácia desde procedimento no combate às drogas e na conscientização dos autores do fato, quanto aos malefícios do uso de drogas. Assim, tornou-se perceptível a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico. O problema de pesquisa que se levanta, inclusive, é se os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal demonstram-se eficazes face ao período prescricional estabelecido em 2 anos.

Este problema se apresentou em razão da ineficiência dos órgãos públicos, a burocracia dos procedimentos judiciais e a deficiência da políticas públicas acerca do combate ao consumo de entorpecentes.

A principal vítima afetada pelo problema levantado é a coletividade, visto que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. É possível perceber alguns desdobramentos jurídicos em torno desta questão, como por exemplo: as recentes discussões no Supremo Tribunal Federal, acerca do delito de porte e posse da droga popularmente conhecida como maconha (Silva, 2016).

Diante do problema de pesquisa, levantou-se a seguinte hipótese: os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 demonstram-se ineficazes no combate ao uso de entorpecentes, e na conscientização acerca do malefício do uso das drogas. Fundamenta-se a hipótese indicada na seguinte ideia: A ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal demonstra a ineficácia do procedimento, que gera elevado custo estatal, bem como depreende a atenção e as atividades dos profissionais que atuam em diversos setores, em um constante embate não apenas contra a disseminação das drogas, mas também contra os prazos prescricionais.

Ressalta-se que, a prescrição da pretensão punitiva estatal, resulta em um procedimento falho, que não gera efeitos jurídicos, não induz o autor do fato a buscar redes de apoio para deixar de usar entorpecentes e não combate a dependência, gerando ainda elevado custo com procedimentos e inúmeros profissionais envolvidos.

Acerca dos objetivos, o objetivo geral desta pesquisa foi analisar se os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte de drogas para consumo pessoal apresentam-se eficazes e razoáveis. A fim de alcançar referido objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: esclarecer as taxas de resolubilidade dos termos circunstanciados; demonstrar a inviabilidade

da aplicação do artigo 30 da Lei nº 11.343/06; propor alterações ao artigo 30 da Lei nº 11.343/06 e avaliar a eficácia de resoluções alternativas, atinentes ao oferecimento da transação penal.

Ressalta-se que os objetivos elencados acima foram utilizados para a composição das seções e subseções deste artigo.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo elegido foi a pesquisa bibliográfica, foram utilizados dados de doutrinas, bem como serão levantadas julgados recentes dos tribunais. Quanto a abordagem, escolheu-se a qualitativa em razão da análise de dados processuais. Tal proposta metodológica se mostra pertinente, pois foram analisadas a eficácia e a resolubilidade dos procedimentos elencados.

Esta pesquisa foi dividida em 3 seções, da seguinte forma: a primeira seção abordou sobre os conceitos e as disposições preliminares acerca do tema. O objetivo da segunda seção foi apresentar os dados colhidos por meio da pesquisa científica. Na terceira seção, o foco foi analisar os dados jurisprudenciais, demonstrando a elucidação dos fatos apresentados por meio dos objetivos gerais e específicos do presente estudo.

## **2 ASPECTOS JURÍDICOS DO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06**

O objetivo desta seção é apresentar os principais conceitos doutrinários e jurisprudenciais acerca do malefício do consumo das drogas, bem como os principais fatores históricos e culturais que tornam necessários e pertinentes novos estudos acerca da eficácia dos termos circunstanciados lavrados em decorrência do delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em detrimento ao prazo prescricional estabelecido por meio do artigo 30 do mesmo diploma legal.

Para tanto, as ideias foram estruturadas da seguinte forma: no primeiro tópico será abordado os conceitos doutrinários relativos às drogas; o segundo tópico tratará sobre os fatores históricos relativos às drogas e o terceiro tópico terá por objetivo demonstrar os fatores de direito atuais, que demonstram a necessidade da presente pesquisa científica.

## 2.1 DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

O objetivo desta seção é apresentar as principais conceitos doutrinários, históricos e normativos relativos ao crime de posse e porte de drogas para consumo pessoal. Em um primeiro tópico serão apresentados os conceitos jurídicos e doutrinários acerca das drogas. Em seguida, serão demonstrados os fatores históricos atinentes a evolução das normas criminalizadoras deste delito. Por meio do terceiro tópico, serão expostos os principais diplomas legais criados em âmbitos penal e processual para possibilitar a análise da presente pesquisa.

### 2.1.1 Conceito de Drogas

Inicialmente, cumpre esclarecer que a legislação vigente define o conceito de droga, como sendo “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (Brasil, 2006, s/n). Em suma, droga é todo o produto ou substância relacionada em lei ou ato administrativo, uma vez que se trata de uma norma penal em branco.

Pode-se notar, a partir da definição apresentada, que o conceito legal delimita as drogas como substâncias capazes de gerar dependência,



porém assim o faz por meio de um rol taxativo, estabelecido por lei ou ato normativo apartado. Deste modo, verifica-se que nem toda substância capaz de causar dependência é considerada uma droga, porém todas as drogas são capazes de gerar dependência (Silva, 2016).

Ressalta-se que referida lei, em seu artigo 28 diz que (Brasil, 2006, s/n):

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: [...]

Nesse sentido, Karam (1993, p. 26), conceitua as drogas da seguinte forma:

[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica.

Ao que se percebe, o dispositivo legal ressalta os seguintes pontos que devem ser levados em consideração: O combate ao uso de entorpecentes e a reinserção do usuário ao convívio social; a possibilidade de cumprimento de pena restritiva de direitos atinente às atividades de desenvolvimento e benefício coletivo, consoante ao bem jurídico tutelado pelo presente diploma legal; a celeridade processual consoante à aplicação imediata das penas alternativas (Silva, 2016).

Sobre esses aspectos, Masson e Marçal (2022, p. 37), pondera que:

O legislador partiu da premissa de que a prisão de tal pessoa não produz benefícios reais à sociedade, notadamente porque obsta o tratamento de eventual dependência química e insere o “consumidor” em um sistema carcerário falido, muitas vezes dominado por facções criminosas que comandam o tráfico de drogas, correndo-se o risco de cooptação dos usuários.

Denota-se, da afirmativa apresentada, que o legislador realizou alterações normativas com o intuito de produzir benefícios à sociedade e ao autor do fato, evitando a inserção do mesmo em ambientes carcerários, que não são capazes de contribuir ao bem jurídico tutelado, e ao objetivo elencado pela normativa no que tange a reinserção social e a conscientização acerca dos malefícios das drogas (Silva, 2016).

Nota-se a evidente ineficácia da norma estudada, visto que embora o legislador aponte medidas despenalizadoras para atingir o objetivo da norma, o modelo atual contribui apenas para a despenalização do delito, visto que em diversas vezes não apresenta reais sanções aos autores. Nesse sentido a presente pesquisa mostra-se útil, ao buscar uma forma de suprir a deficiência legislativa apresentada.

### **2.1.2 A Históriografia Acerca da Criminalização das Drogas**

Segundo a historiografia, nota-se que que o consumo de drogas apresenta danos severos ao usuário e a comunidade em geral, visto que se trata de uma problemática diretamente ligada à saúde pública (Dinu; Mello, 2017).

Conseqüentemente, se iniciaram a criação de leis que proibissem o consumo de ilícitos no Estados Unidos da América, especialmente o

da maconha e da cocaína que eram comercializados pelos mexicanos (Moraes, 2015).

Assim, não apenas representa risco ao indivíduo acometido do vício como também de toda a comunidade que luta contra essa problemática. “Uso de droga é um fenômeno bastante antigo na história da humanidade e constitui um grave problema de saúde pública, com sérias consequências pessoais e sociais” (Marques; Cruz, 2000, p. 33).

Pode-se notar que alguns fatores que podem influenciar no uso de entorpecentes são os antecedentes familiares, a hereditariedade, os filhos ficarem expostos ao alto risco, devido a fragilidade da relação familiar e comportamental, as facilidades no acesso as drogas em função de atitudes permissivas e altas incidências de doenças mentais (Parada, 2013).

Dentre as principais áreas da ciência que observam o risco do uso das drogas destacam-se os campos da saúde e das ciências sociais, uma vez que, de diversas formas, buscam soluções para dirimir os danos causados à sociedade (Silva, 2016).

Além disso, alguns programas nas escolas, como o PROERD, são essências para o combate do uso das drogas. Tudo visando o bem-estar de cada indivíduo para não adentrarem no mundo de consumo de ilícitos (Brasil, 2019).

### 2.1.3 A Legislação Sobre o Tema

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar as principais leis penais e processuais que versam acerca da temática, para que assim, obtenha-se melhor elucidação do tema narrado. Para isso, as principais legislações foram elencadas da seguinte forma: em primeiro momento, serão demonstrados os fatores relevantes da lei penal acerca do crime de porte e posse de drogas para consumo pessoal, qual seja a Lei nº 11.343/06;

em segundo momento, serão descritos os pontos relevantes acerca da lei processual atinente ao delito em comento, para que assim verifique-se a hipótese levantada.

### 2.1.3.1 Diretrizes Fundamentais da Lei de Drogas

A Lei Federal nº 11.343/06 foi responsável por instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, a atenção e reinserção social dos usuários de drogas. Estabelecendo procedimentos e normas para o combate à produção, comércio e uso de entorpecentes (Brasil, 2006).

Em consonância com as disposições preliminares deste diploma legal, o legislador atentou-se em combater o uso de entorpecentes por meio da criminalização do uso das drogas, fazendo com que os autores do delito sofressem sanções, com o objetivo de conscientizar os mesmos acerca do malefício do uso das drogas (Dinu; Mello, 2017).

Para Nucci (2009), a legislação acabou por ser uma norma em branco, não exibindo um rol específico de quais drogas se encaixariam na lei, tendo que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editar a relação das substâncias entorpecentes proibidas.

Ademais, as referidas sanções para quem é encontrado com drogas, foram trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que está disposto nos seguintes termos (Brasil, 2006, s/n):

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.

[...]

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 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.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Colige-se, do referido artigo, que a norma foi instaurada com o objetivo de proteger o autor do fato e a sociedade, dos malefícios causados pelo uso de entorpecentes, trazendo sanções que objetivam a restauração dos danos causados à coletividade, cumprindo, desta forma, as diretrizes e os princípios elencados como bases dos Juizados Especiais (Santos, 2019).

Nesse sentido, Nucci (2014, p. 66), leciona que:

Caso o bem jurídico possa ser protegido de outro modo, deve-se abrir mão da opção legislativa penal, justamente para não banalizar a punição, tornando-a, por vezes, ineficaz, porque não cumprida pelos destinatários da norma e não aplicada pelos órgãos estatais encarregados da segurança pública. Podemos anotar que a vulgarização

do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos.

Denota-se, de todo modo, que o bem jurídico tutelado pelo legislador é a saúde pública, uma vez que o indivíduo, ao usar entorpecentes, atenta contra a saúde da coletividade, de modo que se torna irrelevante, para a tipificação da conduta, a quantidade da droga apreendida, ou a existência de discussões pelos tribunais superiores (Gomes-Medeiros *et al.*, 2019).

Sobre o tema, oportuno citar excerto do julgamento do HC 102.940/ES do Supremo Tribunal Federal (2011, s/n), assim sintetizado:

O objeto jurídico da norma em questão é a saúde pública, não apenas a do usuário, uma vez que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de drogas. O crime de porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, de modo que, para a sua caracterização, não se faz necessária efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. A presunção de perigo decorre da própria conduta do usuário que, ao adquirir a droga para seu consumo, realimenta esse comércio, pondo em risco a saúde pública. Além disso, existe a real possibilidade do usuário de drogas vir a tornar-se mais um traficante, em busca de recursos para sustentar seu vício. Desse modo, estaria presente a periculosidade social da ação, o que inviabiliza o reconhecimento do princípio da insignificância (STF, 2011, s/n)

Vislumbra-se, deste modo, que em análise à conduta tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, não há de se falar em aplicação do princípio da insignificância, ou na inexistência de justa causa para propor a ação penal contra o autor do fato (Silva, 2016).

Incorre que, de modo diverso ao disposto no artigo 109 do Código penal, que dispõe acerca do prazo para a prescrição da pretensão punitiva estatal, a Lei nº 11.343/06 estabeleceu, em seu artigo 30, o prazo prescricional para processar e julgar os autores do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal. Referido diploma legal está assim disposto (Brasil, 2006, s/n): “Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal”.

Com efeito, o estado possui um prazo inferior ao comumente aplicado para processar e julgar crimes e contravenções de menor potencial ofensivo, o que acarreta no aumento do índice de prescrições ocorridas nos termos circunstanciados lavrados para apurar a prática deste delito (Lopes Jr., 2019).

Verifica-se ainda, que os delitos praticados por autores que contam idade inferior a 21 anos de idade na data dos fatos prescrevem em 1 ano, conforme estabelece o artigo 115 do Código Penal: “Art. 115. São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um ou maior de setenta anos” (Brasil, 1940, s/n).

Desta forma, levanta-se a hipótese de que os termos circunstanciados lavrados em decorrência da prática do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal incorrem em elevado índice de prescrições, devido à escassez de recursos e à elevada demanda do poder judiciário (Lopes Jr., 2019).

### 2.1.3.2 Dos Juizados Especiais Criminais

A Lei nº 9.099/95 trouxe inovações ao cenário jurídico nacional, ao estabelecer a criação dos Juizados Especiais, criados com especialização nas áreas cível e criminal. Instituídos com base em princípios sólidos e

fundamentados na necessidade de atender à elevada demanda do poder judiciário, referido diploma legal foi estabelecido com base nos seguintes critérios (Brasil, 1995, s/n): “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Observa-se, desta forma, que o legislador se atentou em estabelecer princípios fundamentais para o desenvolvimento das atividades dos Juizados Especiais, para diminuir a demanda de processos, obter resultados úteis e eficazes, observada a celeridade e a economia processual, para que assim se obtenham os melhores resultados, e a diminuição de custos arcados pelo Estado (Lopes Jr., 2019).

Para o judiciário que está abarrotado de processos o Juizado Especial veio para proporcionar a agilidade que faltava, conforme Souza (2010), o processo ocorre de maneira mais rápida, observando sempre a segurança nos acordos e decisões para que não ocorra prejuízo entre as partes.

Nesse sentido, Lima (2005, p. 1), leciona:

Trata-se de um novo rito, que foge completamente do Processo Penal Comum, sem formalidades, célere, oral e objetivamente finalístico. Justiça consensual, pois possibilita o acordo entre a vítima e o autor, prestigiando a reparação do dano, ou entre Estado e autor, no caso de se tratar de ação penal pública incondicionada ou, se condicionada, estiver a representação.

Estabeleceu-se, desta forma, os Juizados Especiais Criminais, com competência para julgar delitos e contravenções penais de menor potencial ofensivo, conforme demonstra o artigo 60 do referido diploma legal (Brasil, 1995, s/n):

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a



conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência

Denota-se, que a qualificação do delito implica na competência para o julgamento do mesmo, de modo em que assim foi estabelecido o critério de atuação dos Juizados Especiais Criminais (Brasil, 1995, s/n):

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Assim, tem-se que os delitos e as contravenções penais que apresentam pena máxima igual ou inferior à 2 anos devem ser processados e julgados em observância aos princípios norteadores dos Juizados Especiais, bem como aos elencados por meio do artigo 62 da Lei nº 9.099/95, que estabelece novos critérios para os Juizados Especiais Criminais, quais sejam (Brasil, 1995, s/n):

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Com isso, denota-se que a posse de drogas para o consumo pessoal se amolda em crime de menor potencial ofensivo. Gomes (2007), explica que o agente em flagrância cometendo qualquer ação do Art. 28 da Lei de Drogas, será capturado e conduzido até a presença de uma autoridade judicial competente, entretanto, será feito um termo circunstanciado ao invés de ser lavrado um auto de prisão em flagrante.

Portanto, quando gerado o termo circunstanciado, conseqüentemente, será o fato julgado por uma vara especializada, devendo ser observado o caso e oferecido os benefícios previstos nos Juizados Especiais (Lopes Jr., 2019).

Nesse sentido, pode ser oferecida a Suspensão Condicional do Processo, a qual está elencada no artigo 89 da presente lei (Brasil, 1995, s/n):

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Verifica-se ainda, que não será admitida a oferta do benefício, caso o denunciado tenha cometido outros delitos, o que geraria o aumento da pena e conseqüentemente não se encaixaria nos requisitos citados (Brasil, 1995).

Outro benefício que é comum ser ofertado é a transação penal, estando previsto no artigo 76, caput e §2º da Lei dos Juizados Especiais (Brasil, 1995, s/n):

a) ser a infração de menor potencial ofensivo; b) não ser o caso de arquivamento dos autos; c) não ter sido o autor da infração penal condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; d) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 05 (cinco) anos, pela transação penal e, e) antecedentes, conduta social, personalidade do agente, bem como motivo e circunstâncias do delito favoráveis ao agente.

Capez (2009), explica que o benefício consiste em um acordo entre o réu e o Ministério Público, fazendo substituição a uma pena restritiva e estipulando medidas alternativas.

Assim, cumpre destacar que, conforme mencionado na seção anterior, o delito de posse e porte de drogas para consumo pessoal tem como principal objetivo, a conscientização acerca do malefício do uso das drogas e a reinserção do agente na sociedade.

## 2.2 DAS JURISPRUDÊNCIAS RELATIVAS AO TEMA

O objetivo desta seção é apresentar as principais causas de extinção processual relativas ao delito de posse e porte de drogas para consumo pessoal. Em um primeiro tópico serão apresentados os dados coletados para a realização da pesquisa. Em seguida, serão demonstrados os conceitos relativos aos fundamentos jurídicos, para possibilitar a análise e a compreensão do problema da presente pesquisa.

Para obter melhor entendimento e percepção acerca dos efeitos práticos pertinentes ao tema, foram analisados os fundamentos jurídicos aplicados pelos magistrados, nos termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito tipificado no artigo 28 da Lei de Drogas, publicados nos meses de outubro e novembro do ano de 2023, no Estado de Minas Gerais.

O referido estudo se mostra pertinente para a verificação da efetividade dos procedimentos, uma vez que possibilita a visualização das taxas de resolubilidade dos termos circunstanciados, da padronização dos fundamentos jurídicos e eventuais falhas ocorridas por meio dos Juizados Especiais Criminais.

## 2.2.1 Resultados da Pesquisa Científica

Em consulta aos dados disponíveis por meio do portal JUSBRASIL, foram estudadas e categorizadas as sentenças proferidas por meio dos Juizados Especiais Criminais nos termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal.

Ao todo, foram proferidas 30 sentenças, com observância a 4 fundamentos jurídicos distintos, conforme demonstra a tabela a seguir exposta:

Tabela 1 – Fundamentos Jurídicos Aplicados

<b>Autos</b>	<b>Data</b>	<b>Comarca</b>	<b>Fundamento Jurídico</b>
5003356-27.2022.8.13.0480	30/10/2023	Patos de Minas	Prescrição da Pretensão Punitiva
5005689-67.2023.8.13.0301	24/10/2023	Igarapé	Litispêndência
5164392-25.2021.8.13.0024	19/10/2023	Belo Horizonte	Prescrição da Pretensão Punitiva
5003334-64.2022.8.13.0319	18/10/2023	Itabirito	Prescrição da Pretensão Punitiva
5026876-85.2021.8.13.0145	17/10/2023	Juiz de Fora	Prescrição da Pretensão Punitiva
5010313-13.2023.8.13.0188	16/10/2023	Nova Lima	Prescrição da Pretensão Punitiva
0002283-79.2021.8.13.0694	16/10/2023	Três Pontas	Prescrição da Pretensão Punitiva
5007619-40.2022.8.13.0145	11/10/2023	Juiz de Fora	Prescrição da Pretensão Punitiva
5013336-59.2023.8.13.0707	10/10/2023	Varginha	Transação Penal
0012987-14.2021.8.13.0481	10/10/2023	Patrocínio	Prescrição da Pretensão Punitiva
5044354-42.2023.8.13.0079	30/09/2023	Contagem	Ausência de Justa Causa
5046536-98.2023.8.13.0079	30/09/2023	Contagem	Ausência de Justa Causa
0019043-38.2020.8.13.0145	29/09/2023	Juiz de Fora	Prescrição da Pretensão Punitiva
0002700-52.2021.8.13.0267	28/09/2023	Francisco Sá	Transação Penal

<b>Autos</b>	<b>Data</b>	<b>Comarca</b>	<b>Fundamento Jurídico</b>
5001246-13.2021.8.13.0473	28/09/2023	Paraisópolis	Prescrição da Pretensão Punitiva
0056947-57.2020.8.13.0480	28/09/2023	Patos de Minas	Prescrição da Pretensão Punitiva
5002403-17.2023.8.13.0193	27/09/2023	Coromandel	Ausência de Justa Causa
0118223-90.2021.8.13.0145	22/09/2023	Juiz de Fora	Prescrição da Pretensão Punitiva
0015008-52.2020.8.13.0301	22/09/2023	Igarapé	Prescrição da Pretensão Punitiva
5008764-09.2022.8.13.0024	21/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5163623-80.2022.8.13.0024	21/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5005448-75.2022.8.13.0480	21/09/2023	Patos de Minas	Prescrição da Pretensão Punitiva
5007879-92.2022.8.13.0024	21/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5007564-30.2023.8.13.0024	19/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5123719-19.2023.8.13.0024	19/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5075699-94.2023.8.13.0024	19/09/2023	Belo Horizonte	Ausência de Justa Causa
5023274-86.2023.8.13.0672	13/09/2023	Sete Lagoas	Ausência de Justa Causa
5002928-63.2022.8.13.0474	13/09/2023	Paraopeba	Ausência de Justa Causa
5003496-79.2022.8.13.0474	13/09/2023	Paraopeba	Ausência de Justa Causa
5022517-92.2021.8.13.0145	12/09/2023	Juiz de Fora	Prescrição da Pretensão Punitiva

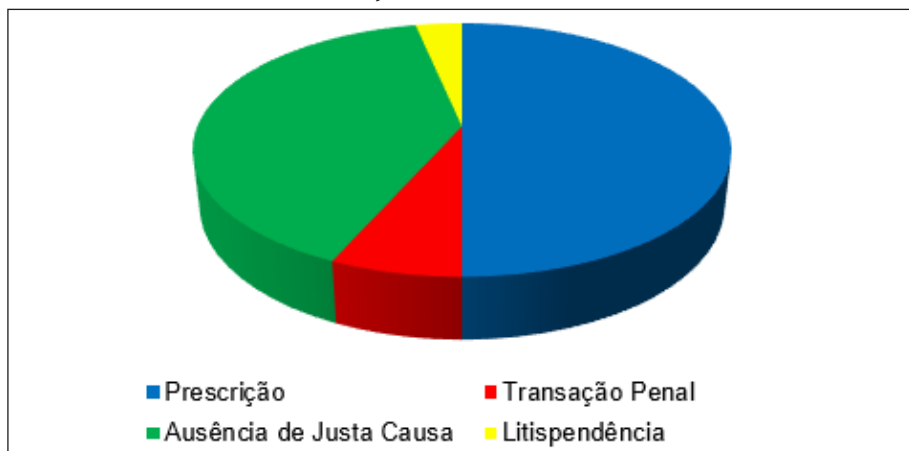
Fonte: os autores (2023).

Desta forma, o estudo verificou que foram proferidas: 15 sentenças com fundamento na prescrição da pretensão punitiva estatal; 12 sentenças com fundamento na ausência de justa causa para propor a ação penal; 2 sentenças foram fundamentadas pela homologação e posterior cumprimento integral dos termos previstos na benesse da transação penal e 1 sentença de arquivamento dos autos em decorrência de litispendência processual.

Com efeito, tem-se que 50% (cinquenta por cento) dos processos foram extintos em decorrência da prescrição; 40% (por cento) em razão da ausência de justa causa para propor a ação penal; 6,66% (seis vírgula sessenta e seis por cento) pelo integral cumprimento da transação penal e 3,33% (três vírgula trinta e três por cento) pela ocorrência de litispendência processual.

Assim, o gráfico exposto a seguir demonstra os índices da seguinte forma:

Gráfico 1 – Índice de resolubilidade processual



Fonte: os autores (2023).

Colige-se, da análise dos dados acima evidenciados, que os magistrados fundamentaram suas decisões, utilizando-se de 4 institutos jurídicos distintos, quais sejam: o cumprimento da benesse da transação penal; a verificação de litispendência processual; a prescrição da pretensão punitiva estatal e a ausência de justa causa para propor a ação penal.

Referidos fundamentos jurídicos podem ser conceituados e classificados na forma exposta a seguir.

## 2.2.2 Da Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal

A prescrição da pretensão punitiva estatal é um instituto jurídico observado no direito penal, relativo ao prazo conferido ao Estado, para processar, julgar e punir aquele que incide em um tipo penal. Nesse sentido, Prado (2007), conceitua a prescrição da pretensão punitiva estatal como a perda do direito de punir do Estado, decorrente do seu não exercício dentro do lapso temporal estabelecido pela norma penal, assim a prescrição é a perda do direito de punir.

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, conceitua esse instituto nos seguintes termos:

É a perda do direito de punir do Estado pelo não exercício em determinado lapso de tempo. Não há mais interesse estatal na repressão do crime, tendo em vista o decurso do tempo e porque o infrator não reincide, readaptando-se à vida social. Escoando o prazo que a própria Lei estabelece, observadas suas causas modificadoras, prescreve o direito estatal a punição do infrator (Nucci, 2007, p. 710).

Em vista do exposto, tem-se que a incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal tem por efeito, a ineficácia do procedimento realizado, uma vez que gera custos ao ente público, demanda de profissionais, e por fim, não apresenta resultados práticos no combate às drogas e na proteção à coletividade.

## 2.2.3 Da Ausência de Justa Causa para Propor a Ação Penal

O Código de Processo Penal delimita os efeitos da ausência de justa causa para propor a ação penal ao prever, por meio do seu artigo n.

395, inciso III, que “a denúncia e a queixa serão rejeitadas quando faltar justa causa para o exercício da ação penal” (Brasil, 1941, s/n). Com efeito, a justa causa torna-se um requisito de admissibilidade da ação penal.

Neste sentido, entende Moura (2001, p. 97) que o conceito de justa causa pode ser definido como sendo:

[...] a causa legal; o motivo legal; segundo os preceitos da lei; o motivo legítimo; o impedimento de evidente necessidade; o que está conforme a justiça; a causa que, pelo Direito, bastaria, se ocorresse para a coação; motivo lícito, conforme o Direito; o fato cuja ocorrência torna lícita a coação; aquela sem a qual não tem base em lei a coação; a razão, motivo, para processar ou prender.

Com efeito, perante a ausência de pressupostos capazes de identificar a justa causa para propor a ação penal, deve ocorrer a rejeição da peça exordial acusatória.

## 2.2.4 Da Litispêndência

Miguel Filho (2001, p. 3), conceitua a litispêndência processual como sendo um instituto processual que busca a proteção da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais.

Acerca do tema, dispõe o parágrafo primeiro, do inciso XIII, do artigo 337 do Código de Processo Civil, que ocorre litispêndência quando uma ação reproduz ação anteriormente ajuizada (Brasil, 2015).

Define o parágrafo segundo, do mesmo diploma legal, que “uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido” (Brasil, 2015, s/n).



O Código de Processo Civil, em seu artigo 337, §3º, define que a litispendência quando se repete ação que já está em curso, conforme descrito a seguir (BRASIL, 2015, s/n):

Art. 301. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

VI - litispendência;

[...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso; [...].

Com efeito, tem-se que a litispendência é um pressuposto processual que impede a repositura de uma demanda ainda pendente de análise pelo órgão julgador competente, ou seja, a duplicidade de uma mesma demanda processual (Didier; Zaneti, 2013).

### 2.2.5 Da Transação Penal

A transação penal é um instituto despenalizador, utilizado como ferramenta para a celeridade e economia processual, ou seja, um acordo feito entre as partes, isto é, entre o Ministério Público e o acusado, acerca da aplicação do tema.

Esta solução alternativa apresenta definições distintas, sendo por vezes descrita como um acordo civil, homologado perante o juízo, que resulta em um título executivo judicial, consistente em uma obrigação

de pagar, fazer ou não fazer (Santoro Filho, 1996), assim como uma espécie de ação penal simplificada, com menos formalidades, de modo que a celebração do acordo resulta em uma sentença penal condenatória (Karam, 2012).

Incorre que, embora apresente definições diversas, tem-se que o objeto da transação penal é a solução celere e efetiva de um conflito, diminuindo os danos ao bem jurídico tutelado. Dessa forma, quando o autor cumpre o acordo homologado, ocorre a restituição, ao menos parcial, do dano causado à vítima.

### 3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O objetivo desta seção é avaliar a hipótese formulada para o problema de pesquisa. Inicialmente, supôs-se que os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de posse e porte de drogas para consumo pessoal são ineficazes em relação aos objetivos normativos.

A fim de refutar ou confirmar a hipótese, esta seção buscará solucionar o problema a partir da análise de jurisprudências coligidas nos meses de setembro e outubro de 2023, no estado de Minas Gerais. Além disso, será necessário compreender os efeitos práticos gerados pela solução apresentada e a sua concretização no mundo jurídico.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o problema desta pesquisa é causado pela baixa efetividade dos meios de combate ao uso de entorpecentes, estabelecidos por meio do artigo 28, da Lei de Drogas. Com isso, é importante revisitar as sentenças proferidas pelos Juízes de Direito, por meio dos Juizados Especiais Criminais, acerca do delito em estudo para compreender a melhor solução.

Ainda, importa mencionar que o problema viola os interesses da coletividade, uma vez que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, evidenciando desamparo jurídico por meio da ineficácia da norma penal vigente.

Com o objetivo de testar a hipótese levantada no início desta pesquisa, buscou-se a análise das sentenças proferidas em termos circunstanciados lavrados nos meses de setembro e outubro de 2023, no Estado de Minas Gerais. Entende-se que esse instrumento jurídico seria mais adequado visto que da análise destes procedimentos, torna-se possível a compreensão da fundamentação aplicada pelos magistrados, bem como possibilita a análise da efetividade quanto à concientização acerca dos malefícios do uso das drogas e a diminuição dos danos à saúde pública.

### 3.1 DOS EFEITOS PRÁTICOS

Atualmente os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal são processados e julgados por juizados especiais criminais, uma vez que a pena máxima prevista para o tipo penal não ultrapassa dois anos de detenção (Brasil, 2006, s/n).

Sobre a pena prevista para o autor do fato, dispõe o artigo 28 da Lei de Drogas, em consonância com as disposições preliminares do diploma legal, que “o autor será advertido acerca dos malefícios do uso das drogas” (Brasil, 2006, s/n). Sendo esta a forma encontrada pelo legislador para combater o uso de entorpecentes, diminuindo o dano causado à coletividade e à saúde pública.

Desta forma, o legislador se atenta ao cuidado e ao combate ao uso de drogas, tornando este o principal objetivo da lavratura dos termos circunstanciados lavrados em decorrência da prática desse delito.

Portanto, não havendo a conciêntização acerca do malefício do uso das drogas, e a diminuição do número de usuários de drogas, tem-se que os mecanismos disponíveis ao Estado não são efetivos e razoáveis, de modo que a sua aplicação resulta tão somente em custo ao Estado e à população.

Incorre que, na atualidade, dois principais fundamentos jurídicos são apresentados pelos magistrados para fundamentar as sentenças proferidas em termos circunstanciados lavrados em decorrênciado cometimento do delito de posse de drogas para consumo pessoal, são eles: a prescrição da pretensão punitiva estatal e a ausência de justa causa para propor a ação penal.

O índice de prescrições, verificado em 50% (cinquenta por cento), demonstra elevada taxa de ineficácia processual, isso pois, uma sentença, transitada em julgado, com fundamento na prescrição da pretensão punitiva estatal não demonstra efeitos práticos, porquanto não gera, ao autor do fato, sanções ou medidas de concientização acerca dos malefícios das drogas.

O mesmo ocorre com relação ao índice de processos arquivados em decorrência da ausência de justa causa para propor a ação penal, visto que o juízo competente, ao sentenciar de forma diversa ao que determina a Lei nº 11.343/06, deixa de observar e proteger o bem jurídico tutelado, de modo que torna ineficaz a lavratura do termo circunstanciado.

Verifica-se ainda, a ocorrência de 3,33% (três vírgula trinta e três por cento) de arquivamentos derivados de litispendência processual. Para efeitos do presente estudo, não há que se falar em eficácia ou ineficácia no julgamento, uma vez que a existência do processo demonstra um erro de procedimento.

Por fim, verifica-se que em apenas 6,66% (seis vírgula sessenta e seis por cento) dos termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito do artigo 28 da Lei de Drogas, no período

de setembro a outubro de 2023, no Estado de Minas Gerais tiveram sentenças fundamentadas no cumprimento integral das transações penais homologadas entre o Ministério Público e o autor do fato.

Com efeito, tem-se como resultado da presente pesquisa, que os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de porte e posse de drogas para consumo pessoal são ineficazes e não produzem os efeitos jurídicos correspondentes à proteção do bem jurídico tutelado.

Isso pois, o curto período prescricional, unido a aplicação do fundamento de ausência de justa causa para propor a ação penal somam o percentual de 90% (noventa por cento) de processos sem efeitos jurídicos.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou sobre a eficácia dos termos circunstanciados lavrados em decorrência do delito do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. O estudo se mostrou relevante em razão da falta de padronização nacional dos procedimentos, que não atendem aos princípios fundamentais dos Juizados Especiais Criminais, quais sejam: a celeridade e eficácia processual. Ademais, o tema é objeto de discussões nas mais diversas camadas sociais, no que tange o combate ao uso de entorpecentes.

Ao longo da pesquisa, pode-se elencar as seguintes limitações a dificuldade no acesso aos termos circunstanciados lavrados Comarca de Videira e a inexistência de dados públicos, datados do ano de 2023, no Estado de Santa Catarina. Apesar disso, foi possível alcançar os seguintes objetivos almejados no início do trabalho.

No que diz respeito ao objetivo geral, de analisar se os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito

de porte de drogas para consumo pessoal apresentam-se eficazes e razoáveis, verificou-se o resultado negativo, uma vez que os termos circunstanciados apresentam elevados percentuais de prescrição e de arquivamento fundamentado na inexistência de justa causa para propor a ação penal.

Sobre os objetivos específicos, tem-se que as taxas de resolubilidade dos termos circunstanciados demonstram um índice de 50% de processos prescritos; 1% de processos em que se obteve a transação penal; 48,5% arquivados em decorrência da inexistência de justa causa para propor a ação penal e 0,5% arquivados em decorrência de litispendência processual. Ademais demonstrou-se inviável a aplicação do artigo 30 da Lei 9.099/95, porquanto incide no aumento do índice, já elevado, de prescrições. Assim, denota-se que a alteração razoável, para o alcance dos resultados efetivos da Lei nº 11.343/06, deve ser no sentido da revogação do artigo 30 do referido diploma legal. Por último, verificou-se a baixa aplicação das resoluções alternativas, atinentes ao oferecimento da transação penal, uma vez que diversos processos são extintos, sem resolução do mérito, sem a ocorrência de audiência preliminar, realizada para o oferecimento da benesse.

Diante disso, a hipótese levantada no sentido de que os termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito tipificado no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 demonstrarem-se ineficazes no combate ao uso de entorpecentes, e na conscientização acerca do malefício do uso das drogas foi confirmada por meio da análise dos dados levantados.

Considerando o problema da seguinte pesquisa: a ineficácia dos termos circunstanciados lavrados em decorrência do cometimento do delito de posse e porte de drogas para consumo pessoal, pode-se chegar, com a presente pesquisa, à seguinte resposta: o problema efetiva-se por meio de dois fatores, sendo eles o curto período prescricional

estabelecido pelo artigo 30 da Lei nº 11.343/06 e a aplicação de sentenças fundamentadas em discussões recentes, e não na legislação em vigor no país.

Como proposta para efetivar a solução do problema, sugere-se: a revogação do artigo 30 da Lei nº 11.343/06, para assim reduzir os efeitos e os elevados índices de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, uma vez que concederiam um prazo 50% maior para que os órgãos do poder judiciário processassem e julgassem referidos procedimentos; a impossibilidade da fundamentação das sentenças, baseadas apenas em discussões levantadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas sim na legislação vigente, criada e discutida pelo órgão competente, traria sentenças efetivas na busca da restauração dos danos à coletividade, e na conscientização acerca dos malefícios do uso de entorpecentes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Programa Educacional de Resistência às Drogas PRO-ERD**. Brasília/DF: Polícia Militar, 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ce/arquivos/CapArajoPROERD070519.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Diário Oficial da União. BRASIL. Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acesso em: 10 nov.2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. 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 maio 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 10 maio 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 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 maio 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU de 13.7.1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm). Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 25 mai. 2023

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2011.

DIDIER, F.; ZANETI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 8. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação/After all, user or drug dealer? A case study about discretionary power and differentiation ideology. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155>. Acesso em: 15 set. 2023.



GOMES, Luiz Flávio (coord). **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11343, de 23.08.2006. 2. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES-MEDEIROS, Débora; FARIA, Pedro Henrique de; CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa; TÓFOLI, Luís Fernando. **Política de drogas e Saúde Coletiva: diálogos necessários**. Cad. Saúde Pública, v. 35, n. 7, p. 1-14, 2019. Disponível em: < <https://www.scielo.org/article/csp/2019.v35n7/e00242618/#>>. Acesso em: 13 set. 2023.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, RJ: Luam, 1993, P. 26.

KARAM, Maria Lúcia. **Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001** - leis dos juidizados especiais. Doutrinas Essenciais Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 1153, jun/2012. Disponível em: [http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4ea8d88933d31fda&-docguid=Ic4888bc0f25111dfab6f0100000000000&hitguid=Ic4888bc0f-25111dfab6f0100000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=74&s-tartChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000014d4ea8d88933d31fda&-docguid=Ic4888bc0f25111dfab6f010000000000&hitguid=Ic4888bc0f-25111dfab6f0100000000000&spos=3&epos=3&td=11&context=74&s-tartChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 13 set. 2023.

LIMA, Marcellus Polastri; BIERRENBACH Sheila. **Juizados especiais criminais**: (na forma das leis nº 10.25/01,10455/02 e 10.741/03) Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual pena**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <<https://cptl.ufms.br/files/2020/05/Direito-Processual-Penal-Aury-Lopes-Jr.-2019-1.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2023.

MARQUES, A. C. P. R; CRUZ, M. S. O adolescente e o uso de drogas. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 2000.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. Disponível em: Grupo GEN, 3. ed. Grupo GEN, 2022.

MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Litispêndência por Identidade de Causa de Pedir. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5003356-27.2022.8.13.0480**, Ministério Público de Minas Gerais e Johnathan Cristonffer Magalhaes Souza, 15/03/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5005689-67.2023.8.13.0301**, Ministério Público de Minas Gerais, Leandro Aparecido de Oliveira e 7ª Cia de Polícia Militar Independente de Igarapé, 18/08/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5164392-25.2021.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Aryane Martielle da Silva Santos, 15/10/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5003334-64.2022.8.13.0319**, Ministério Público de Minas Gerais e Daniel Neres de Oliveira, 12/09/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5010313-13.2023.8.13.0188**, Ministério Público de Minas Gerais e Julio Assis de Oliveira, 25/10/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5003356-27.2022.8.13.0480**, Ministério Público de Minas Gerais e Raphael da Paz Estevez Oliveira, 06/09/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 0002283-79.2021.8.13.0694**, Ministério Público de Minas Gerais e Renato da Silva Gabriel, 19/02/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5007619-40.2022.8.13.0145**, Ministério Público de Minas Gerais e Douglas Cesar Barino, 16/12/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5013336-59.2023.8.13.0707**, Ministério Público de Minas Gerais e Renato Ferreira Junior, 22/09/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 0012987-14.2021.8.13.0481**, Ministério Público de Minas Gerais e Daniel Carlos Aparecido Garcia, 10/05/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5044354-42.2023.8.13.0079**, Ministério Público de Minas Gerais e Wagner Alves Santana, 01/09/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5046536-98.2023.8.13.0079**, Ministério Público de Minas Gerais e Welbert Augusto Machado, 15/09/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 0019043-38.2020.8.13.0145**, Ministério Público de Minas Gerais e Rodrigo Batista de Oliveira, 10/02/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 0002700-52.2021.8.13.0267**, Ministério Público de Minas Gerais; Marcos Vinícius dos Reis Dures e Alik Henrique de Almeida Campos, 16/03/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5001246-13.2021.8.13.0473**, Ministério Público de Minas Gerais e Joao Gabriel Oliveira Silva Brosa, 06/10/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 0056947-57.2020.8.13.0480**, Samuel Antonio Xavier Soares, 14/09/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5002403-17.2023.8.13.0193**, Ministério Público de Minas Gerais e Natanael José Machado, 30/08/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 0118223-90.2021.8.13.0145**, Ministério Público de Minas Gerais e Helio Laureano de Assis, 27/07/2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 0015008-52.2020.8.13.0301**, Ministério Público de Minas Gerais e Alberto Ferreira de Amorim, 01/07/2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5008764-09.2022.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Wallace Junio Candido Evangelista, 20/01/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5008764-09.2022.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Wallace Junio Candido Evangelista, 20/01/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5005448-75.2022.8.13.0480**, Ministério Público de Minas Gerais e Jefferson Henrique Pereira, 27/04/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5007879-92.2022.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Weyderson de Oliveira Ataide, 19/01/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5007564-30.2023.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Lucas Parentoni Siqueira Araujo, 16/01/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circuns-tânciado n° 5123719-19.2023.8.13.0024**, Ministério Público de Minas Gerais e Anderson Magalhaes de Jesus, 07/06/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5023274-86.2023.8.13.0672**, Ministério Público de Minas Gerais e Michael David Eduardo Soares e Cristiano Alvarenga Costa, 28/08/2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5002928-63.2022.8.13.0474**, Ministério Público de Minas Gerais e Wellington Jones Santos da Silva, 15/09/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5003496-79.2022.8.13.0474**, Ministério Público de Minas Gerais e Wellington Jones Santos da Silva, 07/11/2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Termo Circunstanciado nº 5022517-92.2021.8.13.0145**, Ministério Público de Minas Gerais e Bruno Martins Santiago, 15/09/2021.

MORAES, Pedro Rocha de. **A Proibição da Maconha no Brasil e suas Implicações Econômicas: Uma Análise dos Custos Incorridos e Evitados**. 2015. Monografia [Bacharel em Ciências Econômicas]. Universidade de Brasília, Brasília/DF: Universidade de Brasília, 2015. Disponível em: [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11445/1/2015\\_PedroRochadeMoraes.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11445/1/2015_PedroRochadeMoraes.pdf). Acesso em: 09 set. 2023.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal** - Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção de estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v 5). p. 97.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 7. ed. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PARADA, Juliana Joni. Aspectos psicossociais relacionados ao uso de drogas na adolescência. 2013. **Percursos Acadêmicos**, Belo Horizonte, v. 3, n° 5, p. 10-21, jan/jun 2013. Disponível em: <https://periodicos.puc-minas.br/index.php/percursoacademico/article/view/6254/5746>. Acesso em: 09 set. 2023.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. **A natureza jurídica da Transação Penal**. Tribuna da Magistratura: Caderno de Doutrina, São Paulo: Aasp, p.9-11, mai. 1996.

SANTOS, Heloisa Matias do. **Entre o consumo e o tráfico de drogas: uma análise da utilização dos critérios de diferenciação entre as condutas previstas nos artigos 28 e 33 da lei 11.343/06**. Recife/PE: Universidade Federal de Pernambuco; Faculdade de Direito do Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/35925>. Acesso em: 16 set. 2023.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo/SP: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. **Juizados Especiais Fazendários**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, Habeas Corpus 102.940/Espírito Santo. 15/02/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>. Acesso em: 25 mai. 2023

# Capítulo 10

## DA NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NA CONTROVÉRSIA CONSOLIDADA NO TEMA REPETITIVO Nº 1.121 DO STJ

José Victor Faccin Maurina  
Ricardo Emilio Zart

### 1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2021, o Ministro Ribeiro Dantas do Superior Tribunal de Justiça elegeu certos recursos especiais para serem julgados, os quais detinham significativa relevância no tocante ao direito e sua repercussão para com a sociedade. Tais recursos possuíam como fato similar a possibilidade ou não de descaracterizar o crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, para a prática presente no artigo 215-A do mesmo ordenamento, qual seja o delito de importunação sexual, conduta tipicamente menos gravosa.

Com o resultado do julgamento, no mês de junho de 2022, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça considerou que, nas situações em que há dolo do criminoso em satisfazer a lascívia própria ou de terceiros, independentemente do tempo ou intensidade do ato, configura-se estupro de vulnerável, não devendo desqualificá-lo como importunação sexual, fixando tal entendimento no tema repetitivo nº 1.121.

A partir desta decisão, surgiram variadas interpelações, no sentido de que esse julgamento pode ser demasiadamente duro e abrangente quando aplicado aos casos concretos. Por outro lado, destaca-se que o julgado, de certa maneira, demonstrou preocupação basilar para com os

indivíduos abrangidos pelas normas tipificadoras em questão, no intuito de proteger tanto sua integridade física quanto psíquica.

Com as informações coletadas, aliada a análise dos pontos favoráveis e desfavoráveis a obrigatoriedade da aplicação do tipo penal de estupro de vulnerável nas situações que envolvam atos lascivos em crianças e adolescentes, resta claro que essa obrigação é inexorável, com o objetivo de rechaçar quaisquer ofensas a integridade física e psicológica dos infantes. Contudo, existe a possibilidade da aplicação do instituto do erro de tipo ante o caso concreto, para minorar possíveis falhas normativas.

Sendo assim, importante foi a elaboração do presente artigo, com o objetivo de contribuir juridicamente com o meio acadêmico, pois trata-se de um assunto extremamente pertinente ao debate social e jurídico. O trabalho inicia tratando acerca da historicidade e evolução da proteção das crianças e adolescentes, os danos psicológicos ocasionados nas vítimas infantis decorrentes do sofrimento de atos libidinosos, sobre a decisão (e seus desmembramentos) do STJ no tema repetitivo nº1. 121 e aplicabilidade do instituto do erro de tipo. Em seguida, cita a metodologia da pesquisa elaborada, discute os resultados qualitativos encontrados e finaliza com as considerações finais.

## **2 ASPECTOS HISTÓRICOS, CONCEITUAIS E LEGAIS ACERCA DA PROTEÇÃO AOS INFANTES E O RESPECTIVO LIAME COM O TEMA REPETITIVO Nº1.121 DO STJ**

Na confecção desta pesquisa científica, foi utilizado como base para sua estruturação, análise e estudos acerca de diversos conteúdos bibliográficos e autores pertinentes aos assuntos abordados, quais sejam: as etapas da garantia do direito da criança; o tratamento dos menores em



diversas culturas pelo mundo no tocante a aspectos sexuais; o conteúdo do tema repetitivo nº1.121 e suas repercussões jurídicas; e os efeitos psicológicos provenientes do sofrimento de atos libidinosos.

## 2.1 ETAPAS DA EVOLUÇÃO BRASILEIRA SOBRE A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

Os infantes nem sempre foram considerados sujeitos de direito na sociedade, contudo, com o avanço do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a normas garantistas, fez-se emergir maiores meios de proteção aos mais fragilizados, entre estes, as crianças. Inicialmente, com relação ao direito da criança e do adolescente em si, a promotora de justiça Pereira (2020, p. 10), o define como:

[...] ramo autônomo do direito, ante a existência de legislação específica sobre a matéria, bem como diante de sua constitucionalização”. Está inserido no âmbito do direito público.

No que tange à competência legislativa, tem-se uma competência concorrente, ou seja, a União trata de normas gerais e os Estados, DF e Municípios tratam de normas específicas. O direito da criança e do adolescente também é chamado de “direito da infância e da juventude”, em alusão aos inúmeros Juizados da Infância e da Juventude existentes no âmbito do Poder Judiciário.

Especificamente com relação ao direito da infância e da juventude, existem quatro fases. A primeira é conhecida como fase da absoluta indiferença, a segunda como mera imputação criminal, a terceira como fase tutelar e a quarta e última, da proteção integral (Pereira, 2020).

Com relação às fases da evolução do tratamento da criança e do adolescente citadas, Paula (2002) atribui significado, descrevendo cada uma. A primeira, trata-se da ausência de normas ligadas à criança e ao adolescente. A segunda versa sobre o propósito apenas de coibição da prática de atos ilícitos por menores. Já a terceira, relata que os poderes para promoção de integração sociofamiliar da criança foram conferidos aos adultos, com uma certa garantia reflexiva dos seus interesses pessoais. Na quarta e última fase, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) foi desenvolvido, juntamente com artigos da Constituição, os quais transformaram de plano os infantes em verdadeiros sujeitos de direito.

Além do Estatuto da Criança e do Adolescente, o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil também aborda sobre os direitos fundamentais dos infantes:

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, 1988, s/n).

Os princípios basilares que asseguram estes direitos estão esculpidos na Constituição Federal (1988), bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), quais sejam: Princípio da proteção integral, o qual garante às crianças e os adolescentes, além de todos os direitos já garantidos pelos adultos, um adicional, no sentido de que são totalmente indisponíveis e completos à tutela do estado, o direito à vida digna e próspera, ao menos durante sua fase de amadurecimento (Nucci, 2015); Princípio da prioridade absoluta, que complementa os dois princípios anteriores e impõe ao poder

público, como também à sociedade, a necessidade de serem tratados com grande prioridade pelas políticas públicas, bem como as demais ações governamentais (Fonseca, 2014); Princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, é entendido como a garantia das necessidades intrínsecas da vida de cada ser humano, ou seja, garante as necessidades que cada indivíduo necessita para a manutenção de uma vida digna, sendo um fundamento do Estado Democrático de Direito (Pereira, 2022); e o Princípio da convivência familiar, que aborda o fato da criança ou o jovem, possuir o direito de conviver com a sua família natural, como também, com a família extensa, sendo uma das políticas públicas que devem ser obrigatoriamente cumpridas pelo Estado, ensejando a busca pelo equilíbrio e harmonia entre pais e filhos disponibilizando a estes condições para superar adversidades (Nucci, 2015).

Diante do exposto, entende-se que a evolução das sociedades e do ordenamento jurídico foram fundamentais para o reconhecimento dos direitos e garantias dos infantes, os quais gozam atualmente de grande proteção legal.

## 2.2 TRATAMENTO DOS INFANTES EM CULTURAS ORIENTAIS E OCIDENTAIS, NO QUE CONCERNE A ASPECTOS SEXUAIS

Faz-se interessante, primeiramente, realizar uma breve explanação sobre como as crianças na antiguidade eram vistas aos olhos da sociedade. Oliveira (2006, p. 11) acertadamente comenta que:

No decorrer da história da humanidade, a negligência contra a criança e adolescente foi um dos pontos marcantes da cultura humana, pois não havia a noção de fragilidade inerente à infância, pouco se discutia

sobre o assunto e, conseqüentemente, não existia uma política de proteção(...) Percebe-se, nesse momento da história, que a criança, ser tão frágil, o qual requer cuidados e atenção, necessitando nessa fase de alguém que a proteja, ensine com carinho e, ao mesmo tempo, com autoridade, ficava em uma situação exposta, alvo fácil de maus-tratos psicológicos, físicos e até mesmo, demasiadamente, vulnerável a investidas sexuais por parte dos adultos que a cercavam, uma vez que a noção do sentimento de infância era neutra, não tinha validade.

Aliado aos conhecimentos citados, o mesmo autor narra que na Idade Média, no Oriente, os infantes não eram diferenciados dos adultos, não significando, contudo, que tais seres eram abandonados, pois o sentimento de afeição se fazia presente. Porém, a partir do instante que essas crianças não mais necessitavam dos cuidados maternos, eram considerados adultos plenos, aumentando sua vulnerabilidade aos gravames inerentes à vida adulta, como a exposição sexual prematura.

Ainda de acordo com Oliveira (2006) acerca deste tratamento, agora no Oriente Antigo, por volta do século XVIII a.C, foi criado o Código de Hamurabi, o qual se mostrou um importante e inovador instrumento legal pelo fato de proteger órfãos, filhos e as viúvas das condutas de um pai atroz. Realizando um paralelo às práticas sexuais orientais na época, o povo hebreu, por meio da lei mosaica, repugnava que pais, tios e avós se relacionassem com seus respectivos descendentes familiares, quais sejam, filhos, sobrinhos e netos, preservando de certa maneira, a dignidade sexual destes grupos. Contudo, tal proteção ainda não era vivenciada pelos povos egípcios, por exemplo, os quais tratavam as crianças de maneira incompatível com sua inocente natureza.

Com relação ao Brasil Colônia, Azambuja (2004) relata que as primeiras crianças que vinham para o país, estavam totalmente desprotegidas, sendo consideradas “órfãs do rei”. Tais infantes eram enviados para o Brasil já com o intuito de se casar com os súditos

portugueses aqui residentes. Como poucas mulheres integravam os navios que realizavam a travessia entre os países, as crianças sofriam abusos sexuais por parte dos tripulantes.

Ainda referente ao Brasil, aproximadamente no século XVIII, as pessoas eram consideradas adultas por volta dos 15 anos de idade. Além disso, as meninas que possuíam 12 anos completos já lhes era permitido contrair casamento com adultos (Del Priori, 2010).

Na Grécia, país considerado pertencente ao mundo ocidental, em sua antiga época, as relações sexuais dos efebos (adolescentes) com os adultos eram encaradas como um rito, o qual representava o passamento da infância à adolescência. Tal cerimônia era considerada como um dever que os jovens deveriam cumprir (Hisgail, 2007).

Diante dos fatos narrados, resta claro que as crianças e adolescentes desde a antiguidade foram alvos de degradantes práticas sexuais, com isso, fez-se necessária uma modernização/atualização das sociedades e culturas juntamente com seus respectivos ordenamentos jurídicos, os quais servem como alicerce para a proteção destes seres tão marginalizados.

## 2.3 QUAL O SIGNIFICADO DO TEMA REPETITIVO Nº1.121 DO STJ, E EM QUE SENTIDO FOI FIRMADA SUA TESE?

A partir da evolução das garantias referentes às crianças e adolescentes, é comum que os entendimentos jurídicos que tutelam seus direitos também sejam modificados com o passar dos anos. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça reuniu certos recursos especiais, os quais tinham como conteúdo a prática de atos libidinosos contra os infantes, sendo assim fixou o seguinte tema repetitivo: “Tema 1.121-Possibilidade

ou não de se desclassificar o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP) para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). (STJ, 2021)”.

Expondo suas diferenças, o artigo 217-A do Código Penal possui a seguinte literalidade: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”. Por outro lado, o artigo 215-A garante: “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave” (Brasil, 1940).

Após realizada a análise do mérito do conflito em questão pelos ministros da terceira seção do Superior Tribunal de Justiça, foi firmada a tese no seguinte sentido:

Presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP). (Brasil, Tese Firmada STJ, 2022, s/n)

Com isso, o Ministro Relator do caso, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas garantiu que:

Desclassificar a prática de ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos para o delito do art. 215-A do CP, crime de médio potencial ofensivo que admite a suspensão condicional do processo, desrespeitaria ao mandamento constitucional de criminalização do art. 227, §4º, da CRFB, que determina a punição severa do abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes. Haveria também descumprimento a tratados internacionais. (STJ, 2022, s/n).

A partir da fala do ministro, pelo paralelo realizado com o artigo constitucional, é importante trazer à tona a literalidade do §4º da Constituição federal, o qual garante que “A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (Brasil, 1988, s/n).

Por outro lado, existe a corrente criminalista que não concorda com este entendimento firmado, com base em comentários como o do Ministro Luís Roberto Barroso:

O ato praticado pelo paciente, inicialmente passível de enquadramento no artigo 217-A do Código Penal, com pena que varia entre 8 e 15 anos, passou a ser incriminado para condutas menos invasivas de forma mais branda pelo crime de importunação sexual, cuja pena varia de 1 a 5 anos. (...) A lei mais proporcional permite aqui que se dê uma apenação de forma melhor (Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.684.167-Sc, Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca, 2019).

Diante de tal dicotomia, pelo fato de ambos os posicionamentos serem extremamente antagônicos, atualmente a corrente contrária a tese do STJ resta desapontada e discorda da maneira pela qual se dá a aplicabilidade da norma ao caso concreto.

## 2.4 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS ÀS CRIANÇAS QUE SÃO EXPOSTAS A PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS

Pela literalidade do artigo 217-A do Código Penal, faz-se necessária uma melhor definição acerca do conceito de atos libidinosos. O jurista Guilherme de Souza Nucci assim o faz:

[...] é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se os casos, furtivos ou brevíssimos, tais como os dados na face ou rapidamente nos lábios (“selinho”). Incluem-se os beijos voluptuosos, com “longa e intensa descarga de libido”, nas palavras de Hungria, dados na boca, com a introdução da língua (Nucci, 2015, p.1199).

No intuito de melhor compreensão do tema, é apresentado também, tal conceito, com base na ótica do jurista Fernando Capez:

[...] compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta (Capez, 2018, p. 101).

Diante do exposto, importante é conceituar o termo atos libidinosos, a fim de compreender quais condutas possuem o poder de causar graves danos emocionais em quem os sofre.

Por serem vítimas de práticas extremamente desagradáveis e reprováveis, aqueles que sofrem certos abusos sexuais em determinados períodos da vida desenvolvem de maneira involuntária sequelas oriundas dos atos, sendo o abuso sexual o que mais acarreta danos psicológicos e físicos, como afirma Cogo *et al.* (2011). Embora os maus-tratos contra crianças seja um assunto recente, o abuso sexual acontece desde a antiguidade. Pesquisas apontam que o imperador romano Tibério



utilizava crianças como objeto de prazer, obrigando-as a satisfazer sua libido (Aded *et al.*, 2006 *apud* Cogo *et al.*, 2011).

De acordo com o estudo de Cogo *et al.* (2011), as consequências psicológicas se caracterizam nas áreas de desenvolvimento cognitivo, afetivo e social, com diferentes formas e intensidades, sendo o incesto o mais devastador possível (Habigzang; Caminha, 2008, *apud* Cogo *et al.*, 2011). De acordo com esses autores, os atos libidinosos praticados por parentes contra a criança fazem-na sentir-se insegura e sem lugar para “escapar”, tornando-a obrigada a conviver com o horror praticado, abalando sua totalidade do mundo.

As consequências dos atos praticados contra o infante-juvenil são variadas e dependem de diversos fatores, como afirma Furniss (1993, p. 19), dentre eles:

[...] A idade do início do abuso; A duração do abuso; o período e concentração de vezes em que ocorreu a violação; O grau de violência ou ameaça de violência; A diferença de idade entre a pessoa que cometeu o abuso e a criança que sofreu o abuso; se o agressor possui conexão afetiva com a mesma; se houve ameaças [...].

Dentro das diversas condições recém citadas, Gabel (1997, p. 67) descreve as queixas mais pertinentes após os atos libidinosos, sendo:

[...] mal-estar difuso, impressão de alteração física, persistência das sensações que lhe foram impingidas, dores nos ossos. A enurese e encoprese são frequentes, sobretudo nas crianças menores e nas que sofreram penetração anal. As dores abdominais agudas [...] crises de falta de ar e desmaios, problemas relacionados à alimentação, como náuseas, vômitos, anorexia ou bulimia [...]

Ademais, o aparecimento de transtornos psicológicos é também muito comum, visto que:

A maioria dos pesquisadores concorda que o abuso sexual infantil é facilitador para o aparecimento de psicopatologias graves, prejudicando a evolução psicológica, afetiva e social da vítima. Os efeitos do abuso na infância podem se manifestar de várias maneiras, em qualquer idade da vida (Romaro; Capitão, 2007, p. 151).

Infelizmente, as crianças sofrem prejuízos significativos se a devida atenção não for dada a esses casos, com tratamento e acompanhamento adequado. Mesmo que possam ser parcialmente tratados, “seus efeitos físicos e psicológicos podem ser devastadores e perpétuos” (Amazarray *et al.*, 1998 *apud* Cogo *et al.*, 2011, p. 135).

Em síntese, inegável são os drásticos efeitos gerados nas vítimas de práticas de libertinagem, afetando diretamente seu desenvolvimento cognitivo e afetivo.

## 2.5 APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO ERRO DE TIPO PARA EXCLUIR A TIPICIDADE NOS CASOS QUE ENVOLVAM UM SUPOSTO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Por ser um tipo penal categoricamente imperativo, diversos juristas e hermeneutas, com o objetivo de diminuir possíveis injustiças, defendem a aplicação do conhecido instituto do erro de tipo o qual, segundo o professor Mirabete (2000, p. 169/170), é definido como:

[...] uma falsa representação da realidade e a ele se equipara a ignorância, que é o total desconhecimento a respeito dessa realidade. No caso de erro de tipo,

desaparece a finalidade típica, ou seja, não há no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. Como o dolo é querer a realização do tipo objetivo, quando o agente não sabe que está realizando um tipo objetivo, porque se enganou a respeito de um de seus elementos, não agente dolosamente: há erro de tipo.

Aliado ao conceito acima, o ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código Penal concretiza a figura do erro de tipo em seu artigo 20 e sequencialmente, no §1º do mesmo artigo é apresentada sua discriminante putativa.

O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo (Brasil, 1940, s/n).

Diante de tal normatização, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, antes da fixação do tema objeto da presente pesquisa, decidiu ser possível a aplicação do instituto do erro de tipo nos casos que versem acerca de atos libidinosos praticados contra menores de 14 anos, conforme citado na ementa a seguir:

O erro de tipo, previsto no art. 20, § 1º, do Código Penal, isenta de pena o agente que “por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”. O erro sobre elemento constitutivo do crime, portanto, exclui o dolo do agente. A idade da vítima é elemento constitutivo do crime de estupro de vulnerável (...) hipótese na qual as instâncias ordinárias reconheceram que a vítima afirmou ao paciente possuir 15 anos, tendo contado

sua verdadeira idade somente depois de praticar, na primeira oportunidade, conjunção carnal com o réu. Resta configurado erro de tipo em relação ao primeiro estupro, pois o paciente, embasado na afirmação da própria vítima e na idade colocada por ela em seu perfil na rede social Facebook, desconhecia o fato de estar se relacionando com menor de 14 anos, o que afasta o dolo de sua conduta (Habeas Corpus n° 628.870, Superior Tribunal de Justiça, Ribeiro Dantas, 2020).

Com isso, em síntese, o erro de tipo atinge diretamente o quantum da pena. Nas hipóteses em que o erro é inevitável a pena é extinta, e quando o erro for evitável, a pena pode ser diminuída.

Portanto, crucial é a análise do caso em concreto para averiguar a possibilidade da aplicação deste instituto, diante do fato de ser um artifício que pode isentar completamente a pena, sendo ainda capaz, quando não apurado corretamente, de absolver um culpado.

### 3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A metodologia é vista como o estudo do método para a busca de determinado conhecimento, por isso é “[...] uma preocupação instrumental que trata das formas de se fazer ciência. Cuida dos procedimentos, das ferramentas, dos caminhos” (Demo, 2013, p. 19). O objetivo desse processo metodológico é obter um conhecimento científico, geralmente, explicando e discutindo algum fenômeno, sendo baseado na verificação de uma ou mais hipóteses.

O presente trabalho de conclusão de curso foi disposto em uma metodologia descritiva e exploratória, que norteou as pesquisas bibliográficas qualitativas de caráter documental, jurisprudencial e científico, com o escopo de expor teses e pensamentos atualizados

sobre as divergências do mundo jurídico acerca da aplicação do crime de estupro de vulnerável na prática de atos libidinosos em menores de 14 anos. O método descritivo, segundo Alvarenga (2012), é aquele que tem o objetivo de determinar como se manifestam as variáveis em uma certa ocasião, descrevendo os segmentos objeto do estudo. Pode ser uma descrição em que se elaborem hipóteses explícitas ou não. Por outro lado, ainda segundo a autora, o método exploratório é utilizado quando se busca abordar um caso pouco estudado ou de breve existência.

A pesquisa abordou a historicidade e sua evolução no que tange a proteção das crianças e adolescentes, bem como versou acerca das diferenças no tratamento dos infantes na antiguidade, relacionando com abusos sexuais sofridos por estes, em diversas localidades e culturas no oriente e ocidente. Além disso, foi também levantados os acometimentos psicológicos gerados nas vítimas infantis, oriundos do sofrimento de atos libidinosos, além do conteúdo do tema repetitivo nº1.121 do STJ. Ademais, foi analisada a (im)possibilidade de fungibilidade do crime de estupro de vulnerável, e por fim, examinada a possibilidade de aplicação do instituto do erro de tipo ante o caso concreto.

A abordagem dos dados deu-se de modo qualitativo, que de acordo com Alvarenga (2012), é aquele em que se analisam costumes, comportamentos e experiências vividas. O escopo desse tipo de abordagem, é unir as pessoas, com o objetivo de assimilar e entender a hipóteses problemáticas, auxiliando os indivíduos na resolução das mesmas. Procura-se o entendimento profundo da situação e do seu meio.

Buscou-se, no presente projeto, explorar as divergências sobre a possibilidade de fungibilidade do crime de estupro de vulnerável, bem como definições referentes aos acometimentos psicológicos, gerados nas vítimas infantis, e a historicidade dos direitos da criança e do adolescente em solo brasileiro.

## 4 DISCUSSÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL CONSIDERANDO COMO PARADIGMA O TEMA 1.121 DO STJ

Pelo fato da decisão prolatada no julgamento do tema repetitivo n. 1.121 do STJ ter por natureza um forte caráter mandamental, a jurisprudência e a doutrina apresentam divergências importantes quanto a sua aplicação.

Fez-se um levantamento no acervo de jurisprudências modernas com o escopo de contextualizar o leitor acerca da aplicabilidade do instituto jurídico objeto deste artigo, sendo considerado a data de julgamento e o teor das decisões, tendo selecionado julgados completamente díspares, a fim de exteriorizar o caráter dicotômico dos pareceres. Ainda, houve delimitação na pesquisa para utilizar somente aquelas com o idioma português, e prolatadas em âmbito nacional. Do conjunto de jurisprudências acessadas mediante tal delimitação, foram descartadas aquelas que possuíam iguais fundamentos (verificados nas decisões), como também, aquelas em que a matéria não fosse diretamente afeita ao campo da presente pesquisa.

Quadro 1 - Jurisprudências selecionadas

<b>Seguem o objeto do tema n. 1.121</b>	<b>Não seguem o objeto do tema n. 1.121</b>
Embargos Infringentes n. 10686130024868002 Data de Julgamento: 05/05/2019	Revisão Criminal n. 0045224-63.2020.8.26.0000 Data de Julgamento: 31/05/2022
Recurso Especial n. 1933308/0104497-0 Data de Julgamento: 08/06/2021	Agravo Interno n. 2177367-11.2022.8.26.0000 Data de julgamento: 23/02/2023
Apelação Criminal n. 1.0245.18.012389-6/001 Data de Julgamento: 07/06/2023	Apelação Criminal n. 5404987-45.2020.8.09.0019 Data de Julgamento: 20/04/2023

<b>Seguem o objeto do tema n. 1.121</b>	<b>Não seguem o objeto do tema n. 1.121</b>
Revisão Criminal n. 0009753-15.2022.8.26.0000 Data de Julgamento: 01/08/2023	Apelação Criminal n. 1500057-91.2021.8.26.0200 Data de Julgamento: 03/07/2023
Recurso Especial n. 2086303/0251685-4 Data de Julgamento: 01/08/2023	Apelação Criminal n. 1500077-63.2022.8.26.0583 Data de Julgamento: 26/07/2023
Apelação Criminal n. 1.0000.23.087771-4/001 Data de Julgamento: 02/08/2023	Apelação Criminal n. 1.0000.22.288338-1/001 Data de Julgamento: 26/07/2023

Fonte: os autores, 2023.

Primeiramente, antes de realizar a análise do quadro, deve-se fazer menção ao instituto do erro de tipo, o qual é aplicado nos casos em que o acusado desconhece a realidade dos fatos, agindo como se não estivesse incorrendo em uma conduta delituosa.

Em outubro de 2022, o próprio Superior Tribunal de Justiça (sexta turma), ao julgar o Habeas Corpus n. 721.869, aplicou o instituto do erro de tipo, haja vista a existência de dúvida razoável se o réu possuía o discernimento se estava cometendo o crime, tendo por fim, sendo absolvido. Tal julgamento teve como base a dúvida existente em favor do acusado e a manifesta desproporcionalidade da pena cominada e a conduta empregada.

Partindo para a análise jurisprudencial e confecção do presente quadro, denota-se, claramente, que os julgados brasileiros não são pacíficos no tocante a possibilidade de desclassificar uma conduta anteriormente tipificada como estupro de vulnerável para importunação sexual.

Com o objetivo de aprofundar uma investigação relacionada ao tema, é necessário socorrer-se de doutrinadores, os quais divagam acerca de um dos tópicos fundamentais discutidos na possibilidade de desclassificar o crime de estupro de vulnerável, qual seja, a vulnerabilidade

da vítima. Para (NUCCI, 2014 p. 72) a relativização da vulnerabilidade da vítima não é absoluta, conforme relata:

É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando - se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? A posição que nos parece acertada é a da vulnerabilidade relativa. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade.

Em contraponto, Greco (2017, p. 1186) relata que:

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, conjunção carnal, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não ter sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável

Consoante os doutrinadores Greco (2017) e Capez (2018) acredita-se que os menores de 14 anos não possuem a expertise necessária para deliberar acerca de atividades sexuais, haja vista possuírem rasas experiências de vida aliadas a tomadas de atitudes imaturas.



A definição da vulnerabilidade da vítima faz-se necessária, pois na hipótese de ser entendida tal como absoluta, a tese elaborada no julgamento no Tema Repetitivo n. 1.121 do STJ tende a prevalecer, qual seja, a impossibilidade de desclassificar o crime para importunação sexual, pois este tipo penal requer que os atos sejam praticados sem violência ou grave ameaça à vítima.

### *Estudo das jurisprudências selecionadas*

Ao verificar as jurisprudências e doutrinas, é possível notar um forte caráter dicotômico e antagônico presentes nos argumentos utilizados por ambos os polos, os que seguem o posicionamento do STJ e os que apresentam parecer contrário. Com o objetivo de esclarecer as argumentações utilizadas pelos hermeneutas, pertinente é elencar os argumentos expostos nas lides, os quais servem como balizadores de seus posicionamentos.

Primeiramente, com relação a vertente que defende a impossibilidade de desclassificação do crime de estupro de vulnerável, as principais teses são: o respeito ao princípio da especialidade, da subsidiariedade, e o da presunção da absoluta violência.

Tendo como partida o princípio da especialidade, este garante que a norma especial possui a aptidão de afastar a norma geral, possuindo uma característica aditiva singular que a diferencia desta norma geral, solucionando, desse modo, o aparente conflito entre as normas, pois neste caso, a importunação sexual não possui característica especial. O fator responsável por especializar o tipo penal do artigo 217-A do Código Penal, é elencar a idade da vítima, qual seja, menor de 14 anos.

Com relação ao princípio da subsidiariedade, ele é arguido com base na própria literalidade expressa do artigo 215-A do Código Penal (1940), o qual tipifica a importunação sexual, pois o mesmo declara que

“se o ato não constitui crime mais grave”. Sendo o estupro de vulnerável crime mais grave, na visão desta corrente, não há que se falar em desclassificação.

Finalmente, como último argumento utilizado para impedir tal desclassificação, tem-se o respeito à presunção absoluta de inocência, segundo o qual, garante que o crime de importunação sexual apenas é caracterizado nas hipóteses em que os atos libidinosos são cometidos sem grave ameaça ou violência, impossibilitando a aplicação da importunação sexual nos casos em que o comportamento for perpetrado por meio de violência presumida.

A respeito da corrente que defende a possibilidade de desclassificar o delito tipificado no artigo 217-A para o 215-A, a principal tese defensiva é baseada no princípio da proporcionalidade e da individualização da pena. Segundo tais princípios, entende-se que para que o ato libidinoso caracterize estupro, a reprovabilidade deveria ser similar à conjunção carnal, não sendo proporcional simples atos superficiais provocarem a mesma reprimenda de práticas como coito, atos lascivos e duradouros nas genitálias, sexo oral, anal entre outros.

Ainda, normalmente, é ressaltado que a aplicabilidade destes princípios não tem como escopo abrandar a austeridade dos atos praticados, os quais são reprováveis e violadores à intimidade da vítima.

Por fim, é utilizado o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o qual preconiza que o magistrado possui liberdade de valorar as provas e elementos de convicção presentes no caso concreto, não ficando adstrito a uma decisão de caráter cogente que limita sua interpretação, podendo assim melhor adaptar o julgamento à situação exposta.

Superada a fase de discussão dos julgados e seus argumentos, é latente a divergência existente atualmente nos diversos tribunais brasileiros, ocasionando, de certa maneira, uma insegurança jurídica, aliada a falsa sensação de justiça.

Em suma, na perspectiva de inibir tal lacuna legislativa, entende-se apropriado o estabelecimento de uma causa de diminuição de pena ao crime de estupro de vulnerável, de modo a transigir que o magistrado, analisando e tomando como base as singularidades do caso concreto, possua flexibilidade para garantir ao autor do delito uma sanção criminal correspondente e proporcional à gravidade do fato. Se o ato libidinoso praticado, portanto, não revelar maior austeridade, pode ser reduzida uma maior fração da pena. Porém, nas situações em que o ato for demasiadamente grave, a redução poderá ser menor.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, buscou-se refletir acerca da decisão do STJ a qual fixou a tese no tema repetitivo n. 1.121, em que foi considerado impossível desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual. Para melhor elucidar o leitor acerca do objeto de estudo da presente pesquisa, foram utilizadas produções científicas sobre os temas conexos ao assunto principal.

Considerando os tópicos explanados acerca da proteção das crianças e adolescentes desde a antiguidade, constatou-se que o desenvolvimento da sociedade, aliado ao do sistema jurídico, foi primordial para o reconhecimento dos direitos e garantias das crianças, possuindo, hodiernamente, grande proteção legal.

No tocante aos infantes que são vítimas dos diversos atos libidinosos explanados, constatou-se que as consequências são variadas, a depender principalmente da intensidade da conduta, como também, da idade da pessoa que sofre, resultando por fim, em prejuízos consideráveis ao seu desenvolvimento físico e mental.

Acerca do instituto do erro de tipo, percebeu-se que, embora aplicado em casos excepcionais, é uma importante ferramenta que pode garantir de fato a justiça plena, pois evita que um inocente seja condenado a um montante exorbitante de pena.

Com relação à aplicabilidade legal, a norma penal impõe com a mesma penalidade o indivíduo que mantém relação sexual com o menor e aquele que apenas pratica atos superficiais. Isso ocorre, devido ao fato da normativa não discriminar os atos libidinosos, não levando em conta seu grau de invasividade e sua indignidade à liberdade sexual da vítima.

Mediante análise jurisprudencial, sugere-se não haver proporcionalidade na aplicação da sanção base de 8 anos de reclusão para o praticante de atos libidinosos de menor gravidade (como o toque ou o beijo lascivo), além disso não cumpre aos fins do direito penal reivindicar ao autor dessas práticas, penalidades diminutas e exíguas para o juízo de reprovabilidade e de culpabilidade.

Tamanhas foram as divergências de julgamentos levantados nesta pesquisa, a principal diz respeito a proporcionalidade da pena, pois nos julgados que proibiram a desclassificação da conduta elencada como estupro para importunação, os juízes alegavam ser proporcional o *quantum* de pena estabelecido no artigo 217-A do Código Penal, por se tratar de um crime que deve ser duramente combatido. Contudo, o principal argumento da corrente que defendeu a desclassificação, é o de que o princípio da proporcionalidade é desrespeitado ao não levar em conta a gradação de condutas ao estabelecer a pena a ser cumprida.

Com isso, o problema que deu causa a esta pesquisa consiste no pressuposto de que se a fixação da tese n. 1.121 do Superior Tribunal de Justiça iria gerar injustiça no tocante a sua severa gravidade, ou pelo fato de possuir uma penalidade tão gravosa iria coibir e proteger os tutelados de modo mais específico. A partir da análise dos dados colacionados, observou-se que o tratamento que o direito penal concede aos crimes

de violação sexual de pessoa vulnerável nas hipóteses em que as práticas consistem em atos libidinosos distintos da conjunção carnal (menos repreensíveis) é desproporcional e merece uma rápida correção legislativa, haja vista a ausência atual de gradação da lei. Deste modo, respeitada seria a função principal do direito penal, qual seja, punir autores de práticas delitivas com base em seu grau de sua culpabilidade, fazendo com que as leis penais não se tornem banalizadas.

Esta pesquisa procurou refletir acerca do panorama geral vivenciado atualmente no âmbito dos tribunais, contudo, não exauriu o tema em questão, podendo em pesquisas futuras aprofundar os estudos, chegando conseqüentemente a resultados mais concretos.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Estelbina M. **Metodologia da investigação quantitativa e qualitativa**. Normas técnicas de apresentação de trabalhos científicos. A4 Disenos: v. 2, 2012.

AZAMBUJA, Maria R. F. **Violência Sexual Intrafamiliar**; É Possível Proteger a Criança? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 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: 05 set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. 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: 06 set. 2022.

BRASIL. Lei no 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**: seção 1, Brasília, DF, 16 jul. 1990 e retificado em 27 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus n. 721.869**. Impetrante: Fabio Tavalassi. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202200316150&dt\\_publicacao=09/12/2022](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200316150&dt_publicacao=09/12/2022). Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus n. 628.870**. Ementa. 2020. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202003115236&dt\\_publicacao=18/12/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003115236&dt_publicacao=18/12/2020). Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.684.167-SC**. Agravante: R P DE S. Agravado: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2020\\_257\\_capQuintaTurma.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2020_257_capQuintaTurma.pdf). Acesso em: 12 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1933308/0104497-0**. Recorrente: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=128486048&num\\_registro=202101044970&data=20210610&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=128486048&num_registro=202101044970&data=20210610&tipo=0). Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 1.959.697**. Recorrente: Ministério Público Do Estado de Santa Catarina. Recorrido: R do N. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=163580469&num\\_registro=202102887135&data=20220902&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=163580469&num_registro=202102887135&data=20220902&tipo=0). Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial n. 2086303/0251685-4**. Recorrente: Ministério Público Do Estado de São Paulo. Recorrido: D A D. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=-MON&sequencial=200666810&num\\_registro=202302516854&data=20230802&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=-MON&sequencial=200666810&num_registro=202302516854&data=20230802&tipo=0). Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Precedentes Qualificados**. 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1121&cod\\_tema\\_final=1121](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1121&cod_tema_final=1121). Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Repetitivo**. Terceira Seção considera impossível desclassificar estupro de vulnerável para delito de importunação sexual. 20/07/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20072022-Terceira-Secao-considera-impossivel-desclassificar-estupro-de-vulneravel-para-delito-de-importunacao-sexual.aspx>. Acesso em 15 ago. 2023

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito penal, parte especial** (arts. 231 a 359-h). 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Vol. 3.

COGO, Karine S. *et al.* Consequências psicológicas do abuso sexual infantil. **Unoesc & Ciência-ACHS**, v. 2, n. 2, p. 130-139, 2011.

Conjur: Ato Libidinoso Cometido Contra Menor de 14 Anos é Crime de Estupro, diz STJ. **Revista Consultor Jurídico**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-09/ato-libidinoso-cometido-menor-14-anos-crime-estupro>. Acesso em: 06 set. 2022.

DEL PRIORI, Mary. **História das crianças no Brasil**. Organizadora. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 21. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

FONSECA, Júlia B. **Princípios Norteadores do ECA**, 2014. Publicado em 2014. Disponível em: <https://juliabr.jusbrasil.com.br/artigos/155146186/principiosnorteadores-do-eca>. Acesso em: 04 out. 2023.

FURNISS, Tilman. **Abuso Sexual da Criança**: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

GABEL, Marceline. **Crianças vítimas de abuso sexual**. São Paulo: Summus, 1997.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 5404987-45.2020.8.09.0019**. Apelante: Ministério Público do Estado de Goiás. Apelado: Joel Pierre Monties. Relator: Des. Luiz Claudio Veiga Braga. Disponível em: <https://projudi.tjgo.jus.br/ConsultaJurisprudencia>. Acesso em: 03 ago. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. volume 3. 14 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HISGAIL, Fani. **Pedofilia**: um estudo psicanalítico. São Paulo: Iluminuras, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0000.23.087771-4/001**. Apelante: WALDIR SILVEIRA VANES. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo. Disponível em: <https://encurtador.com.br/iIEZF>. Acesso em: 03 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0245.18.012389-6/001**. Apelante: adolescente em conflito c/ lei. Apelado: Ministério Público de Minas Gerais. Relator: Maria das Graças Rocha Santos. Disponível em: <https://encurtador.com.br/luFgC>. Acesso em: 03 ago. 2023.



MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0000.22.288338-1/001**. Apelante: João Paulo Faria Zacarias. Relator: Des. Marcos Padula. Disponível em: <https://encurtador.com.br/nR-L5f>. Acesso em: 03 ago. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Embargos Infringentes e de Nulidade n. 10686130024868002**. Embargante: Josimar Alves da Silva. Relator: Alberto Deodato Neto. Disponível em: <https://encurtador.com.br/k53o8>. Acesso em: 03 ago. 2023.

MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**, 2ª edição. São Paulo: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de S. **Crimes contra a Dignidade Sexual**. 5. ed. rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ione S. **Trajetória histórica do abuso sexual contra criança e adolescente**. 2006.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Aline R. Aurum: O Princípio da Dignidade Humana no Ordenamento Jurídico. 2022. Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 05 set. 2022.

PEREIRA, Priscilla R. L. **Direito da Criança e do Adolescente**. Brasília: CP Iuris, 2020.

ROMARO, R. A; CAPITÃO, C. G. **As faces da violência: aproximações, pesquisas, reflexões**. São Paulo: Vetor, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno Criminal n. 2177367-11.2022.8.26.0000**. Agravante: Clayton de Souza Ferreira. Relator(a): Xisto Albarelli Rangel Neto. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 03 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n.1500057-91.2021.8.26.0200**. Apelante: Ariston Amado de Jesus. Apelado: Ministério Público. Relator: Freire Teotônio. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1886876372>. Acesso em: 06 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1500077-63.2022.8.26.0583**. Apelante: J.J.DAS. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Fernando Simão. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1912797726>. Acesso em: 06 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal n. 0045224-63.2020.8.26.0000**. Relator: Min. Figueiredo Gonçalves. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1522862406>. Acesso em: 03 ago. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal n. 0009753-15.2022.8.26.0000**. Recorrente: D.C.D. Relator: Sérgio Ribas. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1918784472>. Acesso em: 03 ago. 2023.

# Capítulo 11

## A (IN)ADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DA CARTA PSICOGRAFADA COMO PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Kellen Amanda Oliveira  
Ricardo Emilio Zart

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo irá tratar acerca do entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a (in)admissibilidade da utilização da carta psicografada como meio de prova judicial no direito processual penal brasileiro, haja vista a existência de conflitos doutrinários acerca da (i) licitude na sua utilização como meio probatório diante da previsão do artigo 232 do Código de Processo Penal em que “é considerado documento quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (Brasil, 1921, s/n).

A carta psicografada é utilizada no Processo Penal Brasileiro como meio de prova para inocentar um réu, porém, é um tipo de prova que não se encontra especificada em lei, trazendo vários conflitos de entendimentos e questionamentos acerca da sua licitude. Todavia, há vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a (in)admissibilidade da carta psicografada, uma vez que a carta é um documento particular, mesmo que tenha sido ditado por um espírito, é um documento escrito a mão, trazendo o entendimento que possui os requisitos de admissibilidade. Por outro lado, o entendimento é outro, visto que o ordenamento jurídico brasileiro é laico, isto é, não pode se

vincular a nenhum tipo de religião, trazendo esse ponto como base na argumentação sobre sua inadmissibilidade e ilicitude.

Portanto questiona-se, é (in)admissível o uso da carta psicografada como meio de prova no Processo Penal Brasileiro? É juridicamente possível a utilização de cartas psicografadas como elemento probatório no Processo Penal Brasileiro, tendo em vista que não há restrições dos meios de provas que podem ser utilizados, uma vez que o rol previsto no Código de Processo Penal é meramente exemplificativo, em respeito à liberdade das provas, somado a isso, a utilização de cartas psicografadas encontra respaldo na doutrina e em julgados como prova de natureza documental.

Desse modo, a pesquisa tem como objetivo analisar a (in) admissibilidade da carta psicografada como meio de prova judicial no Direito Processual Penal Brasileiro, trazendo argumentos favoráveis e desfavoráveis aos indícios obtidos na sua utilização como meio de prova, além de compreender no âmbito jurídico a possível legitimidade deste fenômeno psicográfico, através de métodos de comprovação de sua veracidade, ressaltando entendimentos do sistema jurídico brasileiro perante as possibilidades do uso da psicografia como meio de prova no Processo Penal, e se a sua utilização não fere preceitos constitucionais e legais.

Na busca de entendimento legislativo, não há uma permissão ou proibição sobre a utilização das cartas psicografadas. Neste sentido, Vicente Greco Filho (2012, p. 227) considera que “documento é todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato”. Portanto, no viés do Código de Processo Penal, a carta psicografada se enquadra na categoria de provas documentais, elencadas nos artigos 231 ao 238.

A carta psicografada pode ser contestada sendo solicitado uma perícia grafotécnica - técnica utilizada em documento particular manuscrito. São comparados pontos gráficos, característicos como alinhamentos, espaçamentos, ângulos, curvas, etc.

Nesse sentido, a primeira parte da presente pesquisa irá trazer o conceito da mediunidade, a forma como é realizada a psicografia, referenciando o famoso médium Chico Xavier, que deu marco inicial na utilização da carta psicografada nos processos judiciais, além da sua importância para o espiritismo. Por conseguinte, na segunda parte irá tratar o conceito das provas, como os seus meios e principais princípios. Na terceira parte adentrará na questão da carta psicografada, como ela se enquadra para ser considerada como meio de prova, em como justifica-se na possibilidade de se aferir uma perícia em um documento psicografado, uma vez que o principal ponto ao argumentar sobre a sua ilicitude probatória, é a impossibilidade de averiguar a veracidade deste documento. Seguindo, na quarta parte, será explanado os argumentos daqueles que são favoráveis e desfavoráveis em relação da utilização da prova psicografada como meio probatório, realizado através de uma pesquisa dos entendimentos dos Tribunais e doutrinárias. E por fim, na quinta e última parte, será realizado uma pesquisa sobre o caso da Boate Kiss, por ser um processo mais recente a utilizar uma carta psicografada no plenário.

A metodologia pautou-se por uma abordagem de natureza qualitativa do tipo descritiva, bibliográfica e documental. O caráter bibliográfico atende ao balanço da literatura, o qual trata de obras e artigos que criticam e defendem a utilização da carta psicografada como meio de prova no Processo Penal para ao final concluir por sua admissibilidade ou não. Documental porque se utiliza de análise da legislação infraconstitucional, a constitucional e por fim os fatores meta jurídicos, como jurisprudência, como base para uma interpretação teleológica da norma, além da utilização de leis federais como a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, produções acadêmicas, artigos, livros e como fontes subsidiárias revistas e sites de internet.

## 2 A CARTA PSICOGRAFADA COMO MEIO PROBATÓRIO

De acordo com o ordenamento jurídico, no Processo Penal Brasileiro, é admitido que as partes possam utilizar todo e qualquer meio de prova, ainda que não expressamente previsto em lei, conforme dispõe o artigo 198 do Código de Processo Penal, consoante o Princípio da Liberdade Probatória. Este princípio garante a liberdade para que as partes possam garantir a possibilidade de se provar tudo, e por todos os meios, sendo que a sua proibição deve estar expressamente prevista em lei. (Pontirolli, 2013, s/n).

Ocorre que, ao nos depararmos com algo sobrenatural, no caso a carta psicografada, há muitas discussões sobre a sua admissibilidade como prova nos processos judiciais, visto que, é algo que vem do além, sublime e pouco utilizado, o que dificulta chegar em uma conclusão definitiva.

Desse modo, a presente pesquisa irá trazer, além do conceito de como surgiu a psicografia e como ela se manifesta, também irá abranger quais os métodos utilizados acerca da identificação da sua veracidade, os argumentos e fundamentos mais relevantes que os juristas e doutrinadores utilizam para convencer sobre a sua percepção, com o intuito de se chegar em uma conclusão mais plausível em relação a (in) admissibilidade da carta psicografada como documento probatório.

### 2.1 A MEDIUNIDADE

Para adentrarmos sobre o tema principal do presente artigo, é necessária uma compreensão sobre o conceito da mediunidade, visto que o documento probatório em questão é transcrito através de um médium.

A mediunidade consiste na sensibilidade extra-sensorial o qual as pessoas possuem de se comunicar de diferentes formas com outras já falecidas, isto é, os espíritos, é um fenômeno, segundo Licurgo S. de Lacerda Filho, “mediúnico”, uma comunicação dos mortos com os vivos, que vem ocorrendo desde que o mundo é mundo, tornando objeto de observação e estudo (Lacerda Filho, 2005, p. 15).

Neste norte:

O fenômeno metapsíquico não é de hoje; a manifestação dos defuntos se vem verificando em todos os tempos, conta-se em todos os idiomas, nota-se em todos os países; dela fala a história, narram-na os escritores, referem-se os filósofos, estudam-na os cientistas.

(...)

Esses fenômenos têm finalidade – demonstrar, na base do fato a vida extracorpórea. (Imbassahy, 2002, p. 16)

Em resumo, a mediunidade é um instrumento que serve de ponte de contato entre os que estão além da vida corporal e os que estão na vida corporal, isto é, somos todos Espíritos e estamos ou num corpo ou fora dele. (CAVALCANTE, 2011, p. 16).

As pessoas consideradas médiuns possuem acessos à influência dos Espíritos, dotadas de faculdade de receber e transmitir suas comunicações, sendo um intermediário. O médium é um intérprete do pensamento e da vontade dos espíritos que se comunicam por seu intermédio, tal como um fio é o duto por qual passa a eletricidade. A mente do médium é que conhece aquela intenção do espírito. (KARDEC, 2005, p. 47 e 192).

Para Allan Kardec (2004, p. 103), um grande codificador da doutrina espírita, esclarece que:

Toda pessoa que sente num grau qualquer a influência dos espíritos, é, por isso mesmo, médium. Essa faculdade

é inerente às pessoas e conseqüentemente não constitui privilégio de ninguém. [...]. Podemos dizer, portanto, que todas as pessoas são, mais ou menos, médiuns. Entretanto, geralmente, essa qualificação aplica-se apenas àqueles cujo dom mediúnico está claramente caracterizado por efeitos patentes de uma certa intensidade.

Há diferentes tipos de médiuns, que variam de acordo com a sua manifestação, sendo as principais: médiuns sensitivos, médiuns de efeitos físicos auditivos, videntes, escreventes ou psicógrafos (Kardec, 2003).

No tema em apreço, nos referimos aos médiuns escreventes ou psicógrafos, que segundo o espírita Kardec, o Espírito se manifesta “muitas vezes, numa caligrafia semelhante à que ele tinha em vida, se deixou a terra há pouco tempo”, portanto, escrevem sob influência dos espíritos (Kardec, 2006 p. 125).

“É a mediunidade pela qual os espíritos influenciam a pessoa, levando-a a escrever. Os que possuem são denominados médiuns escreventes ou psicógrafos” (Kulcheski, 2019 p. 01).

Assim, a mediunidade é transmitida por meio de diferentes atividades como a fala, a escrita, a intuição, entre outros, sendo a escrita a forma como a carta psicografada é realizada, conforme sua conceituação a seguir.

### 2.1.1 A carta psicografada

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao estudo específico da psicografia, é de suma importância conhecer a origem dessa palavra para melhor compreensão sobre a temática. Etimologicamente o termo *psico*, vem do grego *psykhé*, que significa alma, já grafia vem de *gráphein*, que significa descrever, nas palavras de Kardec temos: “A transmissão do



pensamento dos Espíritos por meio da escrita pela mão do médium. No médium escrevente a mão é o instrumento, porém a sua alma ou espírito nele encarnado é intermediário ou intérprete do espírito estranho que se comunica.” (Kardec, 2006, p. 36).

Ainda nas palavras de Allan Kardec (2005, p. 79), a psicografia ou carta psicografada consiste numa mensagem enviada pelos espíritos ao mundo dos encarnados, ao qual é transmitida através da escrita com o auxílio de um médium. A escrita é o fenômeno mais eficaz e comum de comunicação dos espíritos encarnados com os desencarnados.

Segundo Augusto Vinícius Fonseca e Silva (2017, p. 101), em seu livro “A prova psicográfica no Direito Processual brasileiro”, a escrita é o meio de comunicação mais simples, o mais cômodo e o mais completo, sendo por esse meio que os Espíritos revelam melhor sua natureza e o grau de sua perfeição, ou da sua inferioridade. Além disso, destaca que para o médium, a faculdade de escrever é, além disso, mais susceptível de desenvolver-se pelo exercício.

Ainda, é constada através da escrita a sua autenticidade como a assinatura, que após é comparada com os documentos originais do ente desencarnado, facilitando assim, um exame pericial. Além disso, o conteúdo do documento escrito pode trazer elementos mais íntimos e particulares de sua vida encarnada, elementos esses que nem o médium teria conhecimento. Quanto a caligrafia:

A caligrafia riscada no papel muito mais se parece com a do espírito-comunicante que com a do médium que, não raro, é pessoa de pouca instrução e escreve em termos e idiomas que nunca soube quando em estado consciente. Allan Kardec a propósito, preconiza ser fenômeno comum entre os médiuns escreventes a mudança de caligrafia, segundo os espíritos que se comunicam. E o mais notável é que a mesma caligrafia se repete sempre com o mesmo espírito e às vezes é idêntica à que ele tinha. (Silva, 2017, p. 103-104).

Diante desse entendimento, denota-se que a carta psicografada é desenvolvida quando há a comunicação de uma pessoa desencarnada com a pessoa encarnada, o Espírito se comunica através de um médium, o levando a influência, o dirigindo maquinalmente a mão e o braço para escrever, sem ter a menor consciência do que escreve.

Há preponderações quanto à questão se a psicografia tem natureza de uma religião ou uma ciência. Segundo Nemer da Silva Ahmad (2008, p. 67-68), a psicografia tem elementos científicos, uma vez originada de uma ciência de observação. Destaca que no início, os homens se mostravam através de efeitos físicos, tais como batidas, pancadas, materializações dentre outras. Após acurada experimentação, chegou-se à comunicação através da escrita – psicografia – sem que para isso seja necessário a utilização de qualquer objeto a não ser o intermediário.

No entanto, quando o assunto é psicografia, é importante mencionar na categoria dos médiuns escreventes o famoso e respeitável mineiro Francisco Cândido Xavier, mais conhecido como Chico Xavier, já falecido, porém, deixou um legado de acontecimentos para o espiritismo.

Com relação as cartas psicografadas por Chico Xavier, Vladimir Polízio sintetizou o seguinte:

Dos nove casos conhecidos no Brasil, em que o plano espiritual se empenhou, conforme será constatado a seguir, e até interferiu na condução processual para a aplicação da justiça terrena, seis deles foram originados da mediunidade de Francisco Cândido Xavier e diretamente ligados à área criminal. (Polízio, 2009, p. 83).

O primeiro deles ocorreu no ano de 1939, o médium Chico Xavier, escreve algumas obras psicografadas, atribuindo os textos ao espírito do escritor, Humberto Campos. (Mateus; Fernandes; Meireles, 2010, p. 87).

A escrita, sobretudo, tem a vantagem de distinguir, de modo mais material, a intervenção de uma força oculta e de deixar traços que se podem conservar, como fazemos, por exemplo, com o e-mail e os aplicativos de recebimento e envio de mensagens.

### 2.1.2 O médium Chico Xavier

O médium Chico Xavier ficou muito conhecido pela alta capacidade em psicografar, reunindo maior número de adeptos ao espiritismo devido a sua influência, além disso, sustentava de que o espiritismo é uma doutrina que busca promover a evolução espiritual do ser humano, por meio da caridade e da busca da verdade.

Diante da sua avançada mediunidade, Chico Xavier se destacou nos tribunais de júri por causa de suas cartas psicografadas, sendo que um dos casos ganhou grande relevância nacional, o caso Maurício, que ocorreu em 1976, que inocentou o Réu.

A carta psicografa relatou o momento do crime com riqueza de detalhes que impressionou os juristas, além de conter a assinatura idêntica à de Maurício que consta em seu registro de identidade.

Vale ressaltar que Chico Xavier não obteve acesso aos autos do processo, tampouco conhecia a família da vítima, o que ganhou mais visibilidade no mundo jurídico.

O caso Maurício transformou-se em diversos livros que narram a trajetória dos fatos, o posicionamento do Direito Pátrio e a repercussão nacional e internacional, pois pela primeira vez uma carta psicografada era admitida como prova judicial. (Melo, 2012, p. 139).

O expert grafotécnico Carlos Augusto Parandréa (perito judiciário em Documentoscopia desde 1965 no Paraná), analisou meticulosamente uma carta psicografada por Chico Xavier em 22/07/78, na língua italiana (desconhecida do médium), atribuída e assinada por Ilda Mascaro Saullo (falecida em Roma, no dia 20.12.77). Concluiu Parandréa:

[...] a mensagem psicografada por FRANCISCO CÂNDIDO XAVIER, aos 22.07.78, atribuída a ILDA MASCARO SAULLO, contém, conforme demonstração fotográfica (figs. 13 a 18), em “número” e em “qualidade”, consideráveis e irrefutáveis características de GÊNESE GRÁFICA, suficientes para a revelação e identificação de ILDA MASCARO SAULLO, como AUTORA DA MENSAGEM QUESTIONADA.

Na prática, em mais de vinte e cinco anos de perícias, centenas de resultados positivos foram alcançados, dispondo-se de menor quantidade de material do que o coletado para esta pesquisa. No caso em questão, dentro de um quadro totalmente novo, onde o aparecimento de hibridismo gráfico se fez presente, requerendo um retorno às experiências passadas de MÃO GUIADA e MÃO AUXILIADA, procurou-se confirmar, ou não, a AUTORIA GRÁFICA da mensagem questionada. E as características gráficas genéticas, constantes em diversos símbolos e palavras, bem como a demonstrada em superposição por transparência, altamente valorizada, considerando-se a disparidade dos calibres em suas dimensões naturais, forneceram as respostas, e de forma insofismável e categórica. (Parandréa, 1991, p. 56-58).

Após exames realizados pelo referido perito, concluiu pela veracidade da carta, diante de suas minúcias que somente quem presenciou o fato saberia. Em decorrência disso, houve a absolvição do réu pelo juiz Orimar de Bastos, sendo posteriormente confirmada a decisão pelo júri popular. O caso repercutiu, trazendo muitos questionamentos no judiciário brasileiro.

A seguir, um dos trechos da sentença do Juiz Orimar de Bastos (Autos n. 1486, 2ª Vara Criminal, Goiânia), que também se encontra em seu livro “O Justo Juiz: a história de uma sentença”. Veja:

Temos que dar credibilidade à mensagem de fls.170, embora na esfera jurídica ainda não mereceu nada igual, em que a própria vítima, após sua morte, vem relatar e fornecer dados ao julgador para sentenciar. Na mensagem psicografada por Francisco Cândido Xavier, a vítima relata o fato e isenta de culpa o acusado. Fala da brincadeira com o revólver e o disparo da arma.

Coaduna este relato, com as declarações prestadas pelo acusado, quando de seu interrogatório, às fls. 100/vs. (Bastos, 2010, p. 92).

É de extrema relevância trazer ao tema o famoso Chico Xavier, visto que partiu dele os questionamentos acerca da (in)admissibilidade da carta psicografada como matéria probatória no processo penal, e como chegou ao mundo jurídico, quais os critérios estão sendo realizados para confirmar a autenticidade dessas cartas, para serem aceitas como um meio de prova lícita, sem ferir os preceitos constitucionais e legais.

## 2.2 Das provas

A principal finalidade da prova é fornecer para o juiz o conhecimento da veracidade dos fatos alegados em juízo, para que possa prolatar uma sentença, tendo em vista que pode ocorrer a perda dos direitos fundamentais, como o direito de ir e vir, é necessário que se tente chegar o máximo possível na fiel versão dos fatos, sendo possível através das provas.

Para Greco Filho (2012, p. 279) ressalta que chegar a fiel versão dos fatos é impossível:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Tradicionalmente, o conceito de prova parte de três objetivos: Ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a autenticidade ou a verdade do fato apresentado pela parte no processo; Meio: É o objeto pela qual demonstra a verdade de algo; Resultado da ação de provar: é o fruto obtido da análise dos instrumentos de prova ofertados, demonstrando a veracidade de um fato. (Nucci, 2014, p. 73).

“A prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional.” (Bonfim, 2017, p. 303).

Diante disso, a prova significa mostrar e tentar convencer o magistrado sobre uma verdade já conhecida pela parte, é através dela que as partes tentarão demonstrar ao juízo a ocorrência de um fato.

## 2.2.1 Meios de provas no Processo Penal

Conforme já mencionado, as provas são definidas como meios que servem para dar entendimento de um fato, estruturando a convicção do magistrado em relação a veracidade dos fatos, que concorreram para a prática de um delito.

No Código de Processo Penal, o art. 155 regulamenta a prova do seguinte modo:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Brasil, 1941, s/n).

Ainda, no que tange aos meios de prova:

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para pesquisar ou demonstrar a verdade através de depoimentos, perícias, reconhecimentos etc. Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. (Mirabete, 2005, p. 277).

Na conceituação de Vicente Greco Filho (1998, p. 197), os meios de prova “(...) são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato”.

Na esfera no Processo Penal, o meio de prova é todo fato documento ou alegação, que sirva direta ou indiretamente à descoberta da verdade. Os meios de produção de provas previstos em lei, encontram-se nos artigos de 158 a 250, do CPP, sendo os principais: Prova pericial; Exame de corpo de delito; Documental; Testemunhal e Prova emprestada. (Brasil, 1941, s/n).

Ao que diz respeito a Prova Documental, é importante destacar que são documentos usados para provar um fato, podendo ser utilizados

em qualquer fase do processo. Nesse sentido, dispõe o artigo 232 do Código de Processo Penal: “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares. Parágrafo único. À fotografia do documento, devidamente autenticada, se dará o mesmo valor do original.” (Brasil, 1941, s/n).

A Prova Pericial é uma prova técnica, para completa comprovação da existência de um fato; só é possível a partir de conhecimentos específicos sobre técnicas. (Oliveira, 2017, p. 112).

Portanto, os meios de provas são recursos utilizados com a finalidade de convencimento do magistrado, sendo essenciais para a sentença final de um processo, visto que contribuem para a comprovação da existência ou inexistência de um fato.

## 2.2.2 Princípios constitucionais norteadores no uso das provas

A Constituição Federal de 1988, norteadora de todo o ordenamento jurídico, prevê um rol de garantias fundamentais, desse modo, a validade do processo penal está entrelaçada aos seus princípios gerais, que orientam a positivação, aplicação e interpretação de normas.

Vale ressaltar que essas atividades devem ser compatíveis com os preceitos fundamentais por eles indicados. Neste norte, o princípio é conceituado da seguinte forma:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (Melo, 2003, p. 221).



Por conseguinte, diante da repercussão em relação a (in) admissibilidade da carta psicografada como matéria probatória no âmbito processual penal, destaca-se os principais princípios: do contraditório e da ampla defesa.

### 2.2.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

O princípio do contraditório é o direito em que as partes do processo se manifestam e participam no processo, o qual todos possuem o direito de apresentar provas e expor seus argumentos antes da decisão proferida, buscando, dessa forma, a igualdade processual.

Ademais, o princípio da ampla defesa, sua interpretação é confundida por causa da sua finalidade estar próximo ao do princípio do contraditório, pois ela também consiste na liberdade das partes de apresentarem provas e argumentos para se defenderem.

Na ampla defesa, garante ao acusado a defesa no âmbito mais abrangente possível, sendo permitido usar a defesa técnica e autodefesa, com a intenção de demonstrar a inocência do réu. (Oliveira, 2017, p. 27).

Em outras palavras, a ampla defesa é uma garantia que o acusado tem de se defender por qualquer meio de prova, exceto as que contêm forma ilícita ou ilegal, para tentar provar a sua inocência.

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo,

razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal. (Nucci, 2014, p. 78).

A Constituição Federal de 1988, no inciso LV do artigo 5º, dispõe que: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (Brasil, 1988, s/n).

O contraditório, ao lado da ampla defesa, está solidamente enraizado na realização de um processo justo e equitativo, sendo parte essencial do processo penal, sendo este o único caminho para a imposição da sanção de natureza penal, garantindo a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal. (Oliveira, 2017, p. 28).

Ada Pelegrine Grinover (1992, p. 63) explica que:

(...) defesa e contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

Há distinção entre o contraditório e a ampla defesa, mesmo que ambas se completem, visto que, a primeira significa se defender, e a segunda é de se defender de todas as formas permitidas no ordenamento jurídico. Sobre a ampla defesa:

Assim, no processo criminal, perante o juiz togado, tem o acusado assegurada a ampla defesa, isto é, vasta possibilidade de se defender, propondo provas, questionando dados, contestando alegações, enfim, oferecendo os dados técnicos suficientes para que o magistrado possa considerar equilibrada a demanda,

estando de um lado o órgão acusador e de outro uma defesa eficiente. (Nucci, 2014, p. 79).

A questão em apreço é se a carta psicografada admitida como prova documental, provocará uma desigualdade entre as partes, ferindo tais princípios, uma vez que há entendimentos de que é um documento religioso e não científico, que nada tem a ver com o direito, possuindo regras próprias pautadas na razão, e há o outro lado que sua admissibilidade não fere tais princípios, uma vez que é possível contestá-la, garantindo a efetiva consecução dos presentes princípios.

## 2.3 A CARTA PSICOGRAFADA COMO MEIO PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL

Conforme exposto anteriormente, a psicografia consiste na interação de um espírito desencarnado com um médium através da escrita, geralmente debates entre religiosos e os mais céticos, uma vez que gera dúvidas acerca daquilo que não podemos sentir, ver ou tocar. (Boas, 2018, p. 31).

No viés do Código de Processo Penal, a carta psicografada se enquadra na categoria de provas documentais, elencadas em seus artigos 231 até 238. Seu enquadramento se faz necessário, pois há proximidade com a prova testemunhal, haja vista que a carta contém um testemunho proferido pelo médium.

No artigo 232, caput, do Código de Processo Penal, o legislador inseriu um conceito de documento para fins probatório. Assim é o que expressa o artigo: “Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares” (Brasil, 1941, s/n).

No conceito de Vinicius Greco Filho (2012, p. 227), o documento é todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato.

Desse modo, tendo em vista que não há uma permissão ou proibição sobre a utilização das cartas psicografadas como um meio de prova, fica a critério do magistrado analisar as provas, e através de sua análise concluir sobre a sua (in)admissibilidade no processo.

### 2.3.1 Da perícia grafotécnica

Para caracterizar a veracidade da carta psicografada, é necessário a realização de uma perícia, uma vez que pode ser objeto de fraude, com a finalidade de verificar a autenticidade dos escritos, se a caligrafia escrita pelo médium corresponde à utilizada pelo desencarnado.

Ao contrário de alguns entendimentos, a carta psicografada pode ser contestada, solicitando uma perícia grafotécnica, que nada mais é uma técnica muito utilizada, realizada em documento particular manuscrito, periciado por um profissional especializado, legalmente habilitado para tal, conforme dispõe o artigo 235 do Código de Processo Penal: “A letra e firma dos documentos particulares serão submetidas a exame pericial, quando contestada a sua autenticidade” (Brasil, 1941, s/n).

Neste sentido, importante a sua compreensão quanto ao tema da grafoscopia:

a grafoscopia essencialmente, consiste no ato de observar, com profundidade e técnica, a constituição e o desenvolvimento do escrito, estudando a manifestação gráfica a partir de suas causas geradoras, que são chamadas gêneses gráficas. (Melo, 2012, p. 92).

Na análise grafotécnica, são comparados pontos gráficos, característicos como alinhamentos, espaçamentos, ângulos, curvas, etc, para uma melhor conclusão sobre a veracidade do documento.

É o denominado exame caligráfico ou grafotécnico, que busca certificar, admitindo como certo, por comparação, que a letra, inserida em determinado escrito, pertence à pessoa investigada. Tal exame pode ser essencial para apurar um crime de estelionato ou de falsificação, determinando a autoria. Logicamente, da mesma maneira que a prova serve para incriminar alguém, também tem a finalidade de afastar a participação de pessoa cuja letra não for reconhecida. (Nucci, 2014, p. 393).

Segundo alguns estudiosos do assunto, as mensagens psicografadas submetidas ao exame grafotécnico apresentaram uma confiabilidade de quase cem por cento. (Denis, 2006 *apud* Pittelli, 2010).

Porém, por outro lado, há relato do referido autor referente uma mensagem psicografada por Chico Xavier em 1976, que houve dificuldade nos exames iniciais, visto que os grafismos, em sua maior parte, se condizem com a gráfica do médium escrevente. (Parandréa, 1991 *apud* Pittelli, 2010).

“A Grafoscopia é uma das ciências forenses que fazem parte da criminalística e tem por atribuição auxiliar a justiça, fornecendo provas técnicas de autenticidade das assinaturas e ou autoria destas.” (Russi; Freixo, 2012, p. 01).

Portanto, a veracidade da credibilidade do documento psicografado depende de uma perícia grafotécnica, caso houver incoerências extremas na escrita, a carta pode ser considerada fraude e desconsiderada no rol probatório.

## 2.4 DOS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A utilização da prova psicografada no processo penal envolve muitas críticas em razão de fraudes ou erros na captação da mensagem, porém, se entende que há possibilidade de fraudes e incorreções em qualquer outro meio de prova, atípico ou típico, como documentos falsos ou imprecisos, testemunhas que faltam com a verdade em seus depoimentos, no qual afirma terem presenciado certos fatos que, na verdade não ocorreu exatamente na forma narrada. (Paiva, 2012, p. 01).

Essado (2008, p. 10) defende o uso da carta psicografada como prova documental:

A carta psicografada é perfeitamente admissível como meio de prova documental. Quanto à credibilidade de seu conteúdo, em razão da fonte ser pessoa desencarnada, a despeito de já existirem relatos e trabalhos científicos aptos a confirmar a autoria grafológica dos escritos, deverá ser verificada diante de cada caso concreto e em conjunto com todas as demais circunstâncias e provas produzidas, registrando-se a excepcionalidade de tal ocorrência.

No que tange sobre a (i)licitude da referida prova, o Tribunal de justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a carta psicografada não se trata de prova ilícita:

JÚRI. DECISÃO ABSOLUTÓRIA. CARTA PSICOGRAFADA NÃO CONSTITUI MEIO ILÍCITO DE PROVA. DECISÃO QUE NÃO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.

Carta psicografada não constitui meio ilícito de prova, podendo, portanto, ser utilizada perante o Tribunal do Júri, cujos julgamentos são proferidos por íntima

convicção. Havendo apenas frágeis elementos de prova que imputam à pessoa da ré a autoria do homicídio, consistentes sobretudo em declarações policiais do co-réu, que depois delas se retratou, a decisão absolutória não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos e, por isso, deve ser mantida, até em respeito ao preceito constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70016184012, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 11/11/2009).

Ainda, é necessário um julgado mais recente referente ao tema, uma vez que o mundo jurídico está constantemente renovando seus entendimentos a cada ano que passa. Sendo assim, segue abaixo um entendimento jurisprudencial de 2022, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul:

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO - SUSPENSÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO - ATO REALIZADO – PERDA DO OBJETO. PROVA - CARTA PSICOGRAFADA – ILICITUDE – INOCORRÊNCIA - NULIDADE ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I -

Resta prejudicado o pedido de suspensão da audiência de instrução e julgamento, eis que quando os autos vieram conclusos para análise do referido pleito, em 14.03.2022, o ato já se havia realizado em 08.03.2022, esvaindo-se a pretensão nos termos do artigo 659 do CPP. **II – A juntada de um documento psicografado, que caracteriza uma prova indireta, por si só, não fere qualquer preceito legal, tampouco o princípio do contraditório ou a laicidade do Estado, e, a depender das circunstâncias, não pode ser considerado produzido por meios ilícitos, não se enquadrando, portanto, no disposto pelo artigo 5.º, LVI, da Constituição Federal. III – Nos termos do artigo 563, do CPP, impossível reconhecer nulidade na apresentação de documento que nenhum**

**prejuízo produz às partes, já que nada refere sobre a autoria ou à motivação do crime, daí não advindo, portanto, produção de ato processual capaz de influir na apuração da verdade ou na decisão da causa (artigo 566 do CPP).** IV - Ordem parcialmente conhecida e, e na parte conhecida, denegada. EM PARTE COM O PARECER. (TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1402867-05.2022.8.12.0000, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 10/06/2022, p: 15/06/2022) (grifo nosso).

A decisão acima diz respeito a um habeas corpus em razão da apreciação do juízo *aquo* em ter coletado provas alegadas como ilícitas (carta psicografada), que segundo o impetrante há ofensa ao contraditório. O relator Luiz Claudio Bonassini da Silva concluiu que:

(...) uma carta supostamente ditada por um espírito e grafada por um médium não fere qualquer preceito legal, de maneira que não pode ser classificada como obtida por meio ilícito, não se enquadrando, portanto, no disposto pelo artigo 5.º, LVI, da Lei Maior. ( TJMS. Habeas Corpus Criminal n. 1402867-05.2022.8.12.0000, Três Lagoas, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 10/06/2022, p: 15/06/2022)

Desse modo, o principal argumento daqueles que são favoráveis na utilização da carta psicografada como meio probatório no Processo Penal é que não afronta os preceitos fundamentais constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que o país seja considerado laico.

## 2.5 DOS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Em que pese nos argumentos daqueles que se dizem desfavoráveis a utilização da carta psicografada como prova judicial, vai muito da



questão da fraude, uma vez que não é qualquer médium ou qualquer carta psicografada que pode ser aproveitada como prova, ressaltando que a justiça não é fácil de ser enganada, porém, essas cartas ganham respaldo científico através da perícia grafotécnica. (Barbosa, 2007, p. 29).

Além disso, um fator predominante também nos argumentos desfavoráveis é a questão da religião, diante de um país que se constitui laico, isto é, que não se permite a interferência de correntes religiosas em assuntos estatais, tampouco que se privilegie uma ou algumas religiões sobre as demais.

Neste ponto, este doutrinador assim explica:

Alguns juristas repudiam a psicografia por entenderem ser questão eminentemente religiosa e que por isto sua aceitação estaria diretamente ligada à aceitação da Doutrina Espírita, o que violaria a Constituição Federal, já que o Estado é laico. (Rossi, 2010, p. 20-21).

Com o fundamento de ser o Brasil um Estado laico, muitos não admitem a Psicografia como Prova Jurídica, pois haveria reconhecimento do Espiritismo prejudicando outras crenças e religiões. Questionam que a Constituição Federal institui a igualdade de direitos sem distinção, inclusive religiosa. (Garcia, 2010, p. 308).

Neste ponto, para Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga (2014, p. 33-61), a carta psicografada é prova ilícita e sua admissão viola a laicidade do Estado e a liberdade de crença, já que prestigia o espiritismo em detrimento das demais religiões e dos ateus e agnósticos.

Para Juliana Melo Dias e Rachel Herdy (2021, s/n), a carta psicografada não pode ser submetida ao contraditório, visto que, sob seu primeiro ponto de vista, seria impossível convocar o suposto espírito quando houver divergências em suas palavras com as demais testemunhas. Ainda destaca que, pode ocorrer a possibilidade de uma

das partes requerer contraditar a carta com outra mensagem do além: “Imaginemos o absurdo que seria ver a apresentação de uma prova psicografada em que o espírito de um segundo morto contradiz o espírito do primeiro.” (Dias e Herdy, 2021, s/n).

No seu segundo ponto de vista, defende que:

(...) a carta psicografada carece de base empírico-racional. A psicografia pressupõe a existência de espíritos e sua capacidade de se comunicar conosco, mas nenhuma dessas duas premissas tem qualquer respaldo científico. Não há como provar que espíritos existem, ou mesmo que a carta foi redigida pelo suposto espírito que a assina. Sua confiabilidade como prova é simplesmente nula, pois não há evidências científicas para seus pressupostos. (Dias e Herdy, 2021, s/n).

Ademais, outro argumento incisivo é o artigo 6º do Código Civil, no qual alega que com a morte, extingue a personalidade humana, não podendo mais ser titular dos seus direitos e obrigações: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” (Brasil, 2002, s/n).

Vê-se que o Código de Processo Penal ao estabelecer que “toda pessoa pode ser testemunha”, refere-se a pessoa natural, extinguindo-se com a morte. (Garcia, 2010, p. 315).

Ainda, defendem que não seria a mensagem psicografada um documento como cita o artigo 232, do Código de Processo Penal. Sustentam, até mesmo, que seria um documento anônimo e apócrifo, porquanto não é de autoria do médium e o espírito mensageiro não passaria de ficção. (Garcia, 2010, p. 313).

Desse modo, nota-se que a não utilização da carta psicografada é fundada com base em um país laico, onde não há distinção entre religiões.

Sustentam também, a dificuldade em identificar a autenticidade desses documentos, o que atrapalharia a ampla defesa e o contraditório da outra parte, com ressaltado de que com a morte, não se intitula mais como pessoa natural, o que entendesse que o Espírito não possui capacidade jurídica para ser testemunha.

## 2.6 O CASO DA BOATE KISS

No âmbito penal, importante trazer à tona um caso recente que aconteceu em um plenário no Estado do Rio Grande do Sul que reacendeu o debate da prova psicografada, chamando a atenção de muitos juristas e demais amantes do Direito Processual Penal.

O caso em questão trata-se da Boate Kiss, que repercutiu o mundo inteiro, sendo o que mais intrigou diversos operadores do Direito é que uma advogada chamada Tatiana Borsa, representando o réu Marcelo de Jesus dos Santos (vocalista da banda Gurizada Fandangueira) no júri do caso, utilizou uma carta psicografada para defender seu cliente, gerando uma repercussão maior ao caso. O processo se encontra em segredo de justiça.

Segundo o site da rádio FM Uirapuru (2021), o cliente da advogada Tatiana é apontado pelo Ministério Público como responsável por ter ocasionado o incêndio na boate, utilizando um artefato pirotécnico.

A carta psicografada, segundo informações do site supracitado, seria de um dos jovens que faleceu na boate, onde supostamente pedia para deixarem de procurar culpados e aceitarem as determinações divinas. A carta foi repassada para um áudio editado.

De acordo com informações do site ConJur que conversou com a advogada da parte ré, detalha que o Ministério Público não se opôs a juntada do áudio e do livro “Nossa nova caminhada”, que reúne supostas

cartas psicografadas de sete jovens que faleceram no incêndio, lançado pelos próprios pais das vítimas. A advogada expõe o seguinte:

Tem o artigo 479 do CPP que diz que a gente pode juntar esse tipo de material para o júri em até três dias úteis antes de começar o julgamento. Juntamos neste período e ninguém se opôs. Inclusive está em agravo do STJ de 2012 [Ag 1.388.283-RS] (2021, s/n).

Os colunistas do site ConJur Aury Lopes Jr. E Lenio Streck, opinam sob o ponto de vista de que houve falha da acusação e do juiz em terem permitido que utilizassem as provas.

“Não tem valor jurídico, não tem controle de qualidade probatório, não tem contraditório possível. Com a juntada do livro aos autos, a defesa pode usá-lo. Não há erro da defesa nesse sentido”. (Lopes Jr., 2021, s/n).

Em contrapartida, a advogada Juliana Bignardi Tempestini, criminalista do Bialski Advogados expôs sua opinião, sustentou que a utilização da carta psicografada pode ser aceita como prova judicial, não existindo meios que a impeçam. Ainda acrescentou: “O que não pode ocorrer é uma decisão judicial baseada e motivada unicamente em tal meio de prova, já que depende exclusivamente da fé daquele julgador responsável por analisar todo o contexto processual” (Tempestini, 2021)

Após a repercussão da leitura da carta, vários juristas começaram a argumentar e questionar sobre o tema da admissibilidade da prova psicografada, dividindo opiniões entre os operadores do Direito, pois, além de possuir julgados que admitiram a carta psicografada no meio processual, o próprio Ministério Público se manteve inerte a juntada dos documentos, permitindo a leitura no Tribunal do Júri.

Para o jurista, professor de Direito Constitucional e colunista da ConJur, Streck (2021), a leitura da carta transformou o julgamento em um “show de horrores”:

A questão não é apenas se se trata de prova válida. O ponto é: vale tudo no júri? Qual é o limite? A leitura da carta e o modo como foi feita a espetacularização transformou o julgamento em um show bizarro. Alguns colegas falam em extremo constrangimento. Outros em show de horrores. De fato, parece que foi ultrapassado o Rubicão da espetacularização do Júri.

Por outro lado, para os advogados criminalistas André Colares, Bruno Neves e Christopher Ravagnani (2021, s/n), acreditam que o uso da carta psicografada no plenário do Júri está em consonância com a plenitude de defesa, e ainda faz ressalva: “Todavia, a sua utilização deve ser sopesada pelo defensor, principalmente a partir de um olhar estratégico para os jurados que compõem o conselho de sentença.”

Diante de toda repercussão, por ser um caso mais atual no nosso ordenamento jurídico, denota-se uma grande discussão acerca da (in) admissibilidade da utilização da carta psicografada no processo brasileiro, com argumentos baseados na legislação, mesmo que de forma analógica, além da interpretação perante cada caso, demonstrando ser primordial uma tese conclusiva para futuras decisões.

### **3 ANÁLISE DA CARTA PSICOGRAFADA PERANTE OS TRIBUNAIS**

Conforme explanado todo o desenvolvimento no presente artigo, insto destacar que houve uma pesquisa minuciosa sobre o tema, além do foco em artigos científicos, com base doutrinária e jurídica, foi realizado uma pesquisa em todos os Tribunais de Justiça dos Estados do Brasil sobre o referido tema, isto é, a utilização da carta psicografada como prova.

Embora não seja uma prova muito utilizada e comum nos processos judiciais, não foi constatada decisões impedindo a sua utilização como documentos probatórios em prol da parte beneficiadora (defesa ou acusação). Por outro lado, há entendimentos jurisprudenciais que permitiram que fossem utilizadas, sob o argumento de que não ofendem a ampla defesa e o contraditório, mesmo que o país seja laico.

Desse modo, percebe-se que há a necessidade de uma regulamentação jurídica mais pertinente acerca do assunto, por mais que não seja algo corriqueira no âmbito processual, pode vir a ocorrer novos pedidos de juntada de documentos psicografados em futuros processos pelas partes, uma vez que já foi permitido no ordenamento jurídico, porém, carece de entendimentos e decisões atuais para implementar fundamentos com mais convicção.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a análise da (in) admissibilidade das cartas psicografadas como meio probatório no Processo Penal, sendo possível observar que há opiniões diferentes sobre o tema, os que são a favor da utilização das cartas psicografadas e os que são contra o uso delas.

Denota-se que a carta psicografada, embora já tenha sido aceita nos processos judiciais como meio de prova, ainda que subsidiariamente, ou seja, como complementar as demais provas e evidencias, é notório que é bastante criticada quanto ao seu uso, devendo a vir enfrentar diversas dificuldades para ser reconhecida por completo pelo ordenamento jurídico.

Dessarte que, mesmo cientificamente comprovada sua veracidade através de laudos periciais, realizados por peritos habilitados, o marco

maior na discussão é que se trata de caráter religioso, mesmo havendo entendimentos dizendo que a psicografia possui elementos científicos, há controvérsias, que o nosso Estado é laico, não podendo haver distinção entre religiões.

Todavia, entende-se que não admitir a carta psicografada também pode ferir a liberdade da parte usar de todos os meios probatórios para a sua defesa, exceto as ilícitas, no qual a carta psicografada não se enquadra, inexistindo fundamento jurídico quanto ao assunto.

Neste norte, há de se pensar nas cartas psicografadas como uma natureza comprobatória contributiva à busca da verdadeira justiça, de modo a complementar as demais provas, não a utilizando como verdade absoluta. Ou, analisando o outro lado da moeda, deve haver uma regulamentação legislativa para que a carta psicografada se enquadre como ilícita, proibindo sua utilização, caso contrário, estaria ferindo o direito de defesa das partes em utilizar de todos os meios de provas permitidas, uma vez que, no momento, a carta se enquadra como documento escrito, consoante o artigo 232 do Código de Processo Penal.

Portanto, conclui-se que, de acordo com toda pesquisa realizada, com riqueza em argumentos plausíveis de ambos os lados, sendo que ainda não há decisões levando a improcedência da carta psicografada como meio de prova, a sua admissibilidade é a medida mais conclusiva para a presente questão discutida, porém, como ainda é um tema de elevada abrangência, dotada de novas decisões, há de se esperar novas teses e entendimentos.

## REFERÊNCIAS

AHMAD, Nemer da Silva. **Psicografia – O novo olhar da justiça**. Editora Aliança, 2008.

BARBOSA, Márcia Cristina Tremura. **Cartas psicografadas como prova no processo penal**. Monografia apresentada ao Curso de Direito do CESES\ FACISA. 45f. Itamaraju, 2007. Disponível em: <<http://dspace.doctum.edu.br/cartaspsicografadas-como-prova-no-processo-penal.pdf>>. Acesso em: 03 set 2023.

BOAS, Paloma Costa. **A (In)admissibilidade da Prova Psicografada no Direito Processual Penal à Luz dos Princípios Penais e Processuais**. Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/26406/1/Palomo%20Costa%20Vilas%20Boas.pdf>. Acesso em: 03 set. 2023.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-l.html>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406**, 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 03 de nov. 2023.



CAVALCANTE, José Benevides. **Fundamentos da Doutrina Espírita**. 1ª ed. Editora EME, 2011.

COLARES, André; NEVES, Bruno; RAVAGNANI, Christopher. Leitura de carta psicografada no Júri não é tética inédita, mas divide opiniões. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Acesso em 02 nov. 2023.

DIAS, Juliana Melo; HERDY, Rachel. Não, o STJ não reconheceu a admissibilidade da prova psicografada. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/limite-penal-nao-stj-nao-reconheceu-admissibilidade-prova-psicografada/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **Carta psicografada como fonte de prova no processo civil**. Revista de Processo, ano 39, v. 234, 2014. Disponível em: [https://www.academia.edu/35763063/Carta\\_psicografada\\_como\\_fonte\\_de\\_prova\\_](https://www.academia.edu/35763063/Carta_psicografada_como_fonte_de_prova_). Acesso em: 07 out. 2023.

ESSADO, Tiago Cintra. **Carta Psicografada pode ser admitida como prova? Sim**. Jornal do advogado da OAB/SP, ano XXXIII, junho/2008.

GARCIA, Ismar Estulano. **Psicografia como prova jurídica**. Goiânia, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **“Manual de Processo penal”**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **“Manual de Processo Penal”**. São Paulo: Ed. Saraiva, 5ª ed., 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As Nulidades no Processo Penal**. 2 ed. Malheiros/SP, 1992.

IMBASSAHY, Carlos. **A Mediunidade e a Lei**. 5 ed. Rio de Janeiro. Editora: FEB, 2002.

KARDEC, Allan. **Espiritismo passo a passo com Kardec**. 3ª ed. Editora FEB, 2006.

KARDEC, Allan. **O que é espiritismo?** 1ª ed. Editora FEB, 2005.

KARDEC, Allan. **O Livro dos Médiuns**. 2ª ed. Editora LAKE, 2004.

KARDEC, Allan. **Introdução prática sobre manifestações espíritas**. 1ª ed. Editora FEB, 2006.

KULCHESKI, Edvaldo. **O que é psicografia?** Passei Direto, 2019. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/61195275/o-que-e-psicografia-edvaldo-kulcheski>>. Acesso em 03 set 2023.

LOPES JR., Aury. **Advogada conta como decidiu usar cartas psicografadas no caso da boate Kiss**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/advogada-counta-resolveu-usar-cartas-psicografadas-kiss/>>. Acesso em 02 nov. 2023.

MATEUS, Leopoldo; MEIRELES, Maurício; FERNANDES, Nelito. **Chico Xavier e alma do Brasil**. Revista Época. 615. Ed. São Paulo: Globo, 2010.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 1402867-05.2022.8.12.0000**. Impetrante: Tiago Vinicius Rufino Martilho. Impetrado: Juiz(a) da Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas. Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 9 de junho de 2022. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultado-Completa.do>. Acesso em: 08 ago. 2023.

MELO, M. R. De. **A Psicografia como Prova Judicial**. São Paulo, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10<sup>a</sup> ed. Editora Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. São Paulo. Editora Atlas S.A, 2017.

PAIVA, Livia R. De Andrade; RODRIGUES, Vitoria A. De Almeida. **A Possibilidade do uso de Carta Psicografada no Plenário do Júri: Uma Análise acerca de sua Admissibilidade e Credibilidade**. Araçatuba/SP, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Temp/2865-4461-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023.

PERANDRÉA, Carlos Augusto. **“A psicografia à luz da grafoscopia”**. São Paulo/SP. Editora jornalística fé: 1991.

POLÍZIO, Vladimir. **A Psicografia no Tribunal**. São Paulo, 2009. Ed. Blutterfly.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Apelação Crime nº 70016184012. Apelante: Ministério Público. Apelado: Iara Marques Barcelos. Relator: Des. Manuel José Martinez Lucas, 11 de novembro de 2009. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 08 ago. 2023.

ROSSI, Jaqueline Fogiatto. **Cartas Psicografadas e Viés Científico: Possibilidade de Admissão como Meio de Prova no Processo Penal Brasileiro**. Santa Maria/RS, 2010. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/mono-jaqueline.pdf>. Acesso em: 08 set. 2023.

RUSSI & FREIXO. **Perícias, grafoscopia, documentoscopia e grafotécnica**. 2012. Disponível em: [www.grafoscopia.com.br/artigos-grafoscopia](http://www.grafoscopia.com.br/artigos-grafoscopia). Acesso em: 07 out. 2023.

SILVA, Augusto V. Fonseca. **A prova psicográfica no Direito Processual brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2017.

SILVA, Adriana Carlos. **Cartas Psicografadas como Prova no Processo Penal: Possibilidade de Admissão em face dos Princípios Constitucionais**. Criciúma/SC, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/297687133.pdf>. Acesso em: 12 set. 2023

STRECK, Lenio. **Advogada conta como decidiu usar cartas psicografadas no caso da boate Kiss**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/advogada-counta-resolveu-usar-cartas-psicografadas-kiss/>>. Acesso em 02 nov. 2023.

TEMPESTINI, Juliana Bignardi. **Advogada conta como decidiu usar cartas psicografadas no caso da boate Kiss**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-12/advogada-counta-resolveu-usar-cartas-psicografadas-kiss/>>. Acesso em 02 nov. 2023.

PITTELLI, M. P. Psicografia como Meio de Prova Judicial. **Revista Vianna Sapiens**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 26, 2017. Disponível em: <https://www.viannasapiens.com.br/revista/article/view/11>. Acesso em: 1 nov. 2023.

PONTIROLLI, Monique. **Princípio da liberdade probatória**. JusBrasil, 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-liberdade-probatoria/116653095>. Acesso em: 03 nov. 2023.

UIRAPURU, Redação. **Confira a carta psicografada apresentada no Júri da Boate Kiss**. Site Rádio Uirapuru, 2021. Disponível em: <https://rduirapuru.com.br/confira-a-carta-psicografada-apresentada-no-juri-da-boate-kiss/>. Acesso em: 02 nov. 2023.

# Capítulo 12

## O SISTEMA PROGRESSIVO DE PENA E A PRECARIEDADE DE CUMPRIMENTO DO REGIME SEMIABERTO

Tiago Padilha Arpini  
Everson Alves da Silva

### 1 INTRODUÇÃO

No ano de 1984, o Brasil passou a adotar o sistema progressivo de penas. Com a reforma que ocorreu no Código Penal e a criação da Lei de Execuções Penais, o sistema progressivo passou a ser regra, de modo que determina a mudança de regime inicial de cumprimento de pena do mais severo para o menos rigoroso.

De acordo com a Lei nº 7.210/84, o início do cumprimento da pena se dá de três maneiras: sendo inicialmente o regime aberto, em que o apenado deveria cumprir em casa de albergado; regime semiaberto, onde o seu cumprimento ocorreria em colônia agrícola ou industrial e; regime fechado, que deve ser cumprido em estabelecimento de segurança máxima ou média.

O objetivo do presente estudo é identificar os meios pelos quais se garantirá o cumprimento adequado da pena já que existem percalços dentro do regime progressivo de penas, considerando a precariedade do sistema penitenciário brasileiro.

A partir do problema de pesquisa: considerando a precariedade do sistema prisional brasileiro, como deverá proceder o juiz diante da

inexistência de vaga para cumprimento da pena em regime semiaberto? O presente trabalho procura esclarecer as medidas cabíveis a serem adotadas pelo magistrado a fim de garantir os direitos dos detentos de não serem penalizados além do que a sentença penal condenatória estabeleceu.

Na seção 2 do presente estudo será tratado sobre o sistema punitivo no Estado democrático de direito, abordando a questão dos objetivos do direito penal na proteção de bens jurídico considerados relevantes. Será abordado, ainda, o tema sentença penal condenatória, momento em que o Estado adquire o título executivo que lhe dá legitimidade para o início da execução penal, com o estabelecimento da pena privativa de liberdade e o regime de cumprimento de pena fixado pelo juiz sentenciante.

Avançando em meio a pesquisa, será tratado, na seção 3, da execução penal no Brasil, discorrendo a respeito dos objetivos da Lei 7.210/1984 e do sistema progressivo de execução da pena, trazendo dispositivos legais regulamentares, assim como o entendimento doutrinário acerca da questão. Ainda na seção 3 será apontado os objetivos específicos da reintegração do condenado.

A pesquisa ainda vai abordar, na seção 4, o regime semiaberto de cumprimento de pena; trazendo explicações sobre as regras para o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto e adentrando no tema relativo à precariedade do sistema penal e da ausência de vagas no regime próprio, quando ocorrerá a defesa a impossibilidade de imposição de regime mais gravoso na execução da pena do que aquele fixado na sentença penal condenatória. Neste momento será discorrido acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, analisando os pormenores da súmula vinculante 56 e da necessidade de adoção de medidas alternativas para adequação do regime.

Buscará, ainda, analisar a situação da violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro a partir da conclusão do

juízo da ADPF 347 pelo Supremo Tribunal Federal, e, ainda, a novidade que avança na justiça brasileira ao criar um modelo de sistema semiaberto humanizado, a fim de garantir direitos que não foram restringidos pela sentença penal condenatória.

O procedimento metodológico, utilizado no presente trabalho, possui caráter exploratório, visto que, a presente pesquisa busca levantar informações pertinentes ao assunto e não obter qualquer conclusão estatística. Acaba sendo de grande valia ressaltar que, para Gil (2002, p. 41), à pesquisa exploratória visa “proporcionar maior familiaridade com a questão do problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses”.

Em consonância, visou-se ponderar por meio de abordagens qualitativas as devidas informações, respeitando o procedimento documental já que concluiu-se utilizando livros e leis para concluir seu desenvolvimento.

## 2 DO SISTEMA PUNITIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal possui objetivos claros no Estado Democrático de Direito, no caso, a proteção de bens jurídicos. Bens jurídicos são valores considerados relevantes para a vida humana, seja ela individual ou coletiva. No Direito Penal a classificação de bens jurídicos é levada a efeito a partir da análise de critérios políticocriminais que têm como fundamento a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Santos, 2020).

O Estado, a fim de proteger bens jurídicos, estabelece certas condutas que considera contrárias ao direito. Aludidas condutas compõem o sistema penal, cominando penas privativas de liberdade ou

restritivas de direitos para aqueles que, por conduta dolosa ou culposa, venham a violar as normas que compõem o arcabouço do sistema penal (Masson, 2020).

O conceito de bem jurídico não pode ser tratado como se estivesse alheio aos valores do Estado Democrático de Direito. “Criminalizar condutas não se confunde com as finalidades políticas de segurança pública, porque se insere como uma condição do Estado Democrático” (Lopes Jr., 2022, p. 41).

O direito de punir do Estado não é ilimitado. Para que se apure a conduta comissiva ou omissiva do acusado, imperioso que se instaure um processo e se assegure ao acusado direitos de defesa (Marcão, 2023).

Segundo Pacelli (2021, p. 32):

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição sobre a qual exerce o monopólio.

O processo penal é indispensável para apurar a autoria da conduta, e, em havendo prova suficiente da autoria por parte do acusado, aplicar a lei penal ao caso concreto. O processo penal é necessário para que se chegue a uma pena concreta (Lopes Jr., 2022).

A sentença penal encerra o processo de conhecimento e outorga ao Estado o título executivo penal, que vai inaugurar a execução penal (Estefam, 2018).



## 2.1 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A definição de conceito básico de sentença penal condenatória, fornecido por Schmitt (2023), traz ao leitor que a sentença está intrinsecamente ligada à definição de sentimento, desejo e vontade externada por meio de um provimento jurisdicional.

Desta forma, a sentença penal condenatória representa, pelo menos em primeiro grau de jurisdição, a fase de decisão do processo, onde se conclui se o réu é de fato o responsável pelo crime que fora acusado, ou, caso não, se deve ser absolvido das devidas acusações (Estefam, 2018).

A sentença é um ato de jurisdição que consuma a função jurisdicional do Estado, com a aplicação da lei ao caso concreto controvertido. É, por excelência, um ato privativo do juiz, que põe fim ao litígio, decidindo, ou não, o mérito da ação, ao menos em primeiro grau de jurisdição (Schmitt, 2023, p. 23).

O juiz, neste momento, tem uma função decisiva, pois por meio de sua análise justa e imparcial do caso concreto, coloca-se entre as partes e define através de um pensamento estruturado, com base na lei, a decisão se o réu deverá ser culpado ou não (Badaró, 2021).

O Código de Processo Penal, em seu art. 381, elenca os requisitos de observação obrigatória pelo Juiz no momento de proferir sua decisão. Colaciona-se do artigo (Brasil, 1940, s/n):

Art. 381. A sentença conterá:

- I. - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;
- II. - a exposição sucinta da acusação e da defesa;
- III. - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

- IV. - a indicação dos artigos de lei aplicados;
- V. - o dispositivo;
- VI. - a data e a assinatura do juiz.

Assim, basicamente, conforme Misaka (2014), a sentença se dividirá em relatório, fundamentação, dispositivo, parte autenticativa, devendo ainda ser observados o artigo 387<sup>1</sup> do CPP se a sentença for condenatória e o artigo 386<sup>2</sup> do CPP caso a sentença seja absolutória.

Portanto, a sentença penal condenatória, tem como escopo trazer uma resposta à comunidade, à vítima e ao próprio réu, até mesmo para este saber se sua pena será privativa de liberdade ou outra, como pena de multa ou pena restritiva de direito (Marcão, 2023).

## 2.2 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA FIXAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

A pena privativa de liberdade, classifica-se como aquela modalidade de sanção penal que tem o condão de retirar do condenado o seu primordial direito de locomoção, pois, retira seu direito de ir e vir, em razão da prisão, por tempo determinado (Masson, 2020).

---

<sup>1</sup> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer; II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões; IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro; VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação

<sup>2</sup> Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu.

Em tempos de outrora, a privação da liberdade não era exercida em razão de eventual pena imposta, mas como uma garantia de manter o sujeito recluso e afastado da população até o julgamento final, quando a pena seria imposta; a pena era aflitiva e o corpo do condenado era quem sofria as consequências (Greco, 2022).

Vimos que as penas, anteriormente, tinham uma natureza aflitiva, ou seja, o corpo do delinquente pagava pelo mal que ele havia praticado. Era torturado, açoitado, crucificado, esquartejado, esfolado vivo, enfim, todo tipo de sevícias recaía sobre seu corpo físico (Greco, 2022, p. 1141).

Nossa Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5.º, incisos XLVI<sup>3</sup> e XLVII<sup>4</sup>, visando humanizar o sistema punitivo, elencou o rol de sanções penais passíveis de aplicação, assim como aquelas que considerou vedadas (Brasil, 1988, s/n).

O Código Penal, em seu artigo 32, também possui previsão acerca do sistema punitivo, anotando que:

Art. 32 - As penas são: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- privativas de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) - restritivas de direitos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Brasil, 1984, s/n).

<sup>3</sup> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>4</sup> XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

É na sentença penal condenatória que o juiz vai decidir qual será a pena adequada a ser aplicada, levando em consideração o tipo de delito praticado.

Segundo a doutrina de Greco (2022, p. 1148):

A pena privativa de liberdade vem prevista no preceito secundário de cada tipo penal incriminador, servindo à sua individualização, que permitirá a aferição da proporcionalidade entre a sanção que é cominada em comparação com o bem jurídico por ele protegido.

Além disso, o condenado deverá ter sua pena fixada de acordo com o que prevê a legislação vigente, observando-se o tempo mínimo e máximo de pena para cada crime praticado. O regime de cumprimento de pena fixado deverá observar o que preceitua o artigo 33, § 2º do Código Penal (CP), no caso:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (Brasil, 1940, s/n).

Portanto, o magistrado que prolatou a sentença, fixará o quantum de pena e o local adequado onde o condenado deverá cumprir

sua sentença. A fixação do regime será realizada de acordo com as peculiaridades existentes em cada caso, podendo ser aplicado o regime fechado, o semiaberto ou o aberto (Nucci, 2021).

## 2.3 DOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA: FECHADO, SEMIABERTO E ABERTO

O Sistema Penal Brasileiro, adota três possíveis regimes para o cumprimento de pena, sendo eles: o regime fechado, semiaberto e aberto. Desta forma, o período total de condenação, imposto pelo juiz, determinará a base para definir em qual regime de cumprimento de pena o condenado deverá iniciar o resgate da reprimenda aplicada (Bittencourt, 2018).

Do Código Penal extrai-se: “Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado” (Brasil, 1940, s/n).

Santos (2020, p. 486) anota:

A execução da pena privativa de liberdade, sob forma de reclusão ou de detenção, nos regimes fechado, semiaberto ou aberto, exige definição dos regimes de execução e das formas de progressão e de regressão entre os regimes de execução, instituído pela Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), que implantou o novo modelo jurisdicional de execução penal no Brasil.

O próprio Código Penal, em seu art. 33, § 1.º, traça as regras gerais para o cumprimento da pena privativa de liberdade, indicando o local adequado para o resgate da reprimenda. Veja-se (BRASIL, 1940, s/n):

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

É a sentença condenatória transitada em julgado que fundamenta a expedição de guia de recolhimento, quando o condenado à pena privativa de liberdade será submetido ao regime inicial de cumprimento de pena (Santos, 2020).

### 2.3.1 Do regime fechado

Consoante se infere do Código Penal, será submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime fechado aquele que for condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, e, ainda, aquele considerado reincidente, condenado a penas privativas de liberdade igual ou inferior à 4 (quatro) anos ou superior a 4 (quatro anos) e que não exceda a 8 (oito) (Estefam, 2018).

A regra, encontra-se positivada no art. 33, § 2.º, do Código Penal, conforme acima supracitado (Brasil, 1940).

A determinação do regime de cumprimento da pena levará em consideração os critérios elencados no art. 59 do Código Penal<sup>7</sup> (Brasil, 1940).

No regime fechado, o sentenciado é privado de sua liberdade, encontrando-se totalmente isolado da vida em comunidade, sendo a pena cumprida em penitenciária. Assim sendo, o regime fechado é o mais gravoso, destinado para os crimes considerados de maior periculosidade à sociedade. A pena aplicada e o regime imposto deverá ser suficiente para a reprovação da conduta do apenado e prevenção da prática de novos delitos (Schmitt, 2023).

### 2.3.2 Do regime semiaberto

Em casos em que o acusado seja condenado a pena privativa de liberdade, cuja pena base fixada seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda 8 (oito) anos, e, ainda, ausente a reincidência, o regime de cumprimento se dará no semiaberto (Greco, 2022).

Ainda, importante ressaltar que aquele que iniciou o cumprimento de sua pena no regime fechado, por força de disposições da Lei de Execução Penal, poderá progredir de regime de cumprimento de pena, e ser alocado no regime semiaberto (Masson, 2020).

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

O regime semiaberto traduz na execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 33 § 1º “b”, do CP) (Schmitt, 2023).

O regime semiaberto possibilita ao preso alguns benefícios que no regime fechado não são disponibilizados, como o trabalho em área externa e o acesso a saídas para ingressar ao segundo grau de ensino ou até mesmo o ensino superior (Brasil, 1984, s/n):

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

[...]

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

No artigo 91 da LEP, resta positivado que o cumprimento do regime semiaberto se dará em colônias agrícolas ou industriais, cita-se: “A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto” (Brasil, 1984, s/n).

### 2.3.3 Do regime aberto

Já o regime aberto é para os condenados com penas que não ultrapassem os 4 (quatro) anos de privação de liberdade e que sejam primários, devendo ser cumprida na casa de albergado.

Art. 33 [...]

[...]

§2º As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito



do condenado, observados os seguintes critérios e ressaltadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

[...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (Brasil, 1940, s/n)

Schmitt (2023, p. 293) explica que:

Esta espécie de regime se baseia na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, o qual deverá - fora do estabelecimento e sem vigilância - trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

Desta forma, o regime aberto se mostra o menos gravoso e deve ser cumprido, conforme mencionado, em Casa de Albergado. A lei de execuções penais estabelece as regras para o cumprimento da pena em regime aberto, nos seguintes termos (Brasil, 1984, s/n):

Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana.

[...]

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

Salienta-se que o regime aberto, destina-se aos apenados que não apresentam alto risco de periculosidade à sociedade ou que já cumpriram

a maior parte da pena imputada e agora estão se reinserindo a sociedade (Marcão, 2023).

### 3 A EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL: A LEI Nº 7.210/1984

A Lei de Execução Penal, promulgada no ano de 1984, regula o sistema penitenciário e a aplicação de penas privativas de liberdade no Brasil, estabelecendo diretrizes, direitos e deveres relacionados a execução das penas, a fim de promover uma correção pelo delito praticado e a ressocialização do preso na sociedade.

#### 3.1 OBJETIVO DA LEI Nº 7.210/1984

O principal objetivo da execução penal é efetivar o que foi disposto na sentença e/ou nas decisões criminais e proporcionar boas condições para que os apenados consigam se integrar novamente na sociedade (Estefam, 2018).

Para a execução, é imprescindível a existência de uma sentença oriunda da esfera criminal, a qual tenha fixado uma pena privativa de liberdade ou não (Marcão, 2016).

A execução da pena é o momento em que o apenado começa a cumprir a pena fixada pelo magistrado em sentença. A depender do regime de cumprimento de pena fixado, o apenado poderá vir a ser afastado da sociedade, a fim de resgatar a reprimenda em estabelecimento penal adequado (Marcão, 2023).

Além disso, têm-se como princípios da execução penal a legalidade, assegurando todos os direitos ao preso; a igualdade, visando que todos os presos sejam tratados da mesma maneira; a personalidade

da pena, cada condenado terá a individualização da sua pena conforme seus antecedentes e sua conduta; a jurisdicionalização; a ressocialização, buscando reeducar e reintegrar o preso na sociedade; e a cooperação, a comunidade deverá cooperar na execução da pena e da medida de segurança (Messa, 2017).

### 3.2 SISTEMA PROGRESSIVO DE EXECUÇÃO DE PENA

O sistema progressivo de execução de pena visa os chamados “saltos de pena” que consiste em possibilitar ao apenado a progressão de um regime gravoso para um menos gravoso.

Desde o ano de 1984, ano em que a Lei nº. 7.209 reformou o Código Penal e também ano da criação da LEP, a seção geral do Código Penal e a criação da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210), introduziu no Brasil o sistema progressivo de cumprimento de pena; embora com algumas mudanças, este é o sistema prisional adotado pelo Brasil, o melhor sistema, um sistema de punição contínua (Mesquita Junior, 2005).

A pena, conforme Bittencourt (2017), tem o intuito de proteger determinados bens jurídicos de lesões. Sendo a realização da justiça um dos fins que se busca com a penalização do criminoso.

Estabelece o Art. 112 da LEP, com a redação dada pela Lei 13.964/2019:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

- I. - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

- II. - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
- III. - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- IV. - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
- V. - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela
- VI. prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:
- VII.- 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;
- VIII. - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional (Brasil, 1984, s/n).

Sendo a essência do sistema progressivo a distribuição das penas em regimes, cada regime amplia os privilégios dos presos com base em sua boa conduta e no uso exemplar do tratamento de reabilitação, o que proporciona ao detento a possibilidade de se reintegrar à sociedade antes da pena terminar. Ou seja, os objetivos principais são o de estimular o bom comportamento do preso e prepara-lo para a sua futura vida em sociedade (Bittencourt, 2017).

Portanto, a cada porcentagem de cumprimento o apenado tem direito de ter sua progressão para um regime menos gravoso, observado o seu comportamento individual. Esse sistema é importante para garantir a ordem e é um direito de cada apenado, além de possibilitar ao acusado benefícios para a sua reintegração na sociedade.

### 3.3 A REINTEGRAÇÃO DO CONDENADO

Tem-se como um dos principais objetivos da execução da pena a reintegração do condenado na sociedade. Veja-se que a pena não é imposta somente como uma punição, mas sim para fazer com que o apenado não volte a delinquir e possa conviver melhor em sociedade. Para tanto, o responsável pela reintegração do sentenciado é o Estado, devendo este adotar medidas que façam a reinclusão do condenado na sociedade, elaborando medidas preparatórias para quando o acusado voltar à sua vida cotidiana (Nery Junior; Nery 2008).

Nota-se que na prisão, em regime fechado, o contato do condenado com o mundo externo é muito restrito, tendo acesso somente aos colegas de cela, outros detentos e algumas pessoas da família quando vem visitá-los.

Conforme Mirabete (2002, p. 24):

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual existem no sistema social exterior(...). A pena privativa de liberdade não ressocialização, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena incorporação ao meio social.

Assim, para os detentos terem gradativamente contato com a sociedade é necessário meios de ressocialização, como o trabalho, o estudo e a saída temporária. Nesse sentido, o próprio Art. 28, da Lei de Execução Penal, cita que o trabalho tem como intuito a ressocialização “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva” (Brasil, 1984, s/n).

Exalta-se seu papel de fator ressocializador, afirmando-se serem notórios os benefícios que da atividade laborativa decorrem para a conservação da personalidade do delinquente e para a promoção do autodomínio físico e moral de que necessita e que lhe será imprescindível para o seu futuro na vida em liberdade (Mirabete, 2002, p. 87).

Bittencourt (2017), cita que o trabalho diminui a repugnância que tinha o antigo mal-estar dos presidiários, inspira o amor pelo trabalho, sendo capaz de conter ou extinguir os seus vícios e maus hábitos, por conta disso o regime semiaberto é tão importante.

É necessário entender que apenas a pena não consegue formar um novo indivíduo apto a conviver e viver bem em sociedade, é de extrema importância a convivência saudável por meio de uma atividade laborativa e a convivência com seus familiares.

O direito, o processo e a execução penal constituem apenas um meio para a reintegração social indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor defesa da sociedade se obtém pela política social do estado e pela ajuda pessoa (Mirabete, 2002, p. 23).

A punição só tem legitimidade ao reabilitar o condenado. A sociedade será a que mais se beneficiará com essa prevenção, pois quando chegar ao fim da pena, os infratores estarão mais preparados para se reintegrar à sociedade e respeitar a lei como um todo (Cunha, 2013).

Ademais, as formas utilizadas para a ressocialização, em especial o trabalho, ajudam a prevenir que o acusado volte a delinquir, vendo uma nova perspectiva de vida (Marcão, 2023).

## 3.4 O REGIME SEMIABERTO

O regime semiaberto, impõe ao condenado, a obrigação de cumprir sua pena privativa de liberdade em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. O condenado poderá vir a ser alojado em compartimento coletivo, e, as dependências coletivas devem atender aos requisitos de seleção adequada dos presos, além da capacidade máxima estabelecida, o que atenderá aos objetivos de individualização da pena (Avena, 2014).

### 3.4.1 Regras para o cumprimento de pena no regime semiaberto

Para iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, a pena aplicada não pode ultrapassar os 8 (oito) anos, além disso, o condenado não pode ser reincidente (Brasil, 1984).

Conforme leciona Cirino (2012), este regime é fixado aos condenados primários, em que a pena aplicada é maior que quatro anos e menor que oito anos, aos reincidentes com reprimenda inferior a quatro anos, tal como para os que progrediram do regime fechado ou regrediram do regime aberto.

Nesse sentido, Estefam (2018), preceitua que para o apenado reincidente poder usufruir do regime semiaberto, é necessário que seja condenado a delito apenado com detenção, independentemente da quantidade da pena, da mesma forma, para aquele que for condenado a pena maior que 4 (quatro) anos. Ademais, o CP em seu artigo 35, preceitua o estabelecimento que deverá ser cumprida a pena neste regime:

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto. § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (Brasil, 1940, s/n).

A Lei de Execução Penal – nº 7.210/84 – em seus arts. 91 e 92 estabelece o local adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto, anotando (Brasil, 1984, s/n):

Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas: a) a seleção adequada dos presos; b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

No sistema semiaberto, não há isolamento durante o repouso noturno, pois, o apenado será alocado em compartimento coletivo. Ainda, os condenados podem frequentar cursos de formação profissional, segundo grau ou superior. O trabalho, é obrigatório, observada a vocação de cada detento. Ficando sujeito no período diurno a trabalho em colônia agrícola, industrial ou similar. Além disso, pode-se trabalhar no setor privado e também externamente, sem supervisão direta, estando sujeito à autorização da administração do estabelecimento prisional além da aptidão, disciplina e responsabilidade do apenado com o cumprimento de no mínimo 1/6 da pena (Silva, 2001).



Nota-se que o regime semiaberto possui nuances próprias, como a obrigatoriedade de trabalhar, sendo este um papel importante para um dos objetivos da pena, qual seja, a reintegração do preso na sociedade (Marcão, 2023). Ainda, o apenado que cumpre a pena no regime semiaberto possui como direito as saídas temporárias, sendo as saídas marcadas e autorizadas com antecedência pelo magistrado responsável pela execução penal (Capez, 2018). Isso também é um fator que contribui para a reinserção do preso na sociedade, já que poderá passar um tempo de qualidade com a família e amigos, contribuindo para a manutenção dos laços familiares e de lhe inserir novamente nos bons costumes (Marcão, 2023).

### **3.4.2 A precariedade do sistema penal e a ausência de vagas no regime próprio: a impossibilidade de imposição de regime mais gravoso**

Em tese, aquele que teve fixado sua pena para cumprimento em regime semiaberto, ou ainda, aquele que progrediu ou regrediu para tal regime, possui assegurado o direito de resgatar sua reprimenda em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, podendo o condenado ser alojado coletivamente com outros presos. Conforme estabelece o artigo 92, da Lei de Execuções Penais, existem dois quesitos que precisam ser preenchidos: deve-se ter seleção adequada dos presos e estar de acordo com o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena (Silva, 2001).

Ocorre que, diferente do que é previsto na legislação de regência, o Estado não possui recursos suficientes para que ocorra a efetivação do regime semiaberto como se prega no papel.

Marcão (2021), esclarece que definitivamente, não há um número suficiente de estabelecimentos para o cumprimento da pena no

regime semiaberto. Não havendo vagas para o cumprimento no regime semiaberto, os apenados devem aguardar no regime fechado, totalmente ao contrário do que preceitua a Lei de Execução Penal. Isso gera uma falta ainda mais grave, a superlotação do sistema prisional fechado, acarretando inúmeras carências neste regime, além de violar o título executivo outorgado ao Estado por ocasião do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A execução das penas no sistema progressivo, com a estrutura que o Estado fornece, constitui uma série de violações. O regime semiaberto, não está tendo um resultado positivo, haja vista, não estar cumprindo com seu dever de ressocialização, exatamente pela precariedade (Marcão, 2021).

As inegáveis deficiências do sistema brasileiro de detenção e a conhecida falta de vontade do Poder Público em investir neste setor obrigaram o Supremo Tribunal Federal a ceder à necessidade de flexibilizar a aplicação da prisão domiciliar, sempre que não haja oportunidade de oferecer adequadamente o cumprimento de pena em regime semiaberto, por falta de abrigo ou instituição adequada (Bittencourt, 2017).

Denota-se a falta de preparação do Estado e sua ineficiência no objetivo de ressocialização que cabe ao sistema progressivo efetivar, restando fadado ao fracasso caso não haja local apropriado para o cumprimento de cada regime (Capez, 2018).

Observa-se que ante a ausência de vagas no regime semiaberto, cabe ao Estado providenciar vagas em número suficiente para atender as necessidades dos presos que devam resgatar sua reprimenda em tal regime, seja como sistema inicial ou por meio de abordagem progressiva. A falta de vagas não pode prejudicar o apenado, colocando-o em regime fechado enquanto espera passar para o semiaberto. Caso ocorra tal irregularidade, deverá o apenado aguardar vaga no regime aberto, menos rigoroso (Nucci,

2021), portanto uma ineficiência do Estado jamais poderá prejudicar o apenado, que vem cumprindo sua pena conforme fixada.

### 3.4.3 A jurisprudência do supremo tribunal federal: a súmula vinculante 56

Conforme princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, o apenado nunca pode ser prejudicado diante das dificuldades do Estado em cumprir com a legislação; deve o Estado pautar-se pelo princípio da legalidade.

Considerando as diversas violações a direitos dos presos, o Supremo Tribunal Federal, guardião supremo da Constituição Federal, foi instado a enfrentar o tema da falta de vagas para cumprimento da pena no regime previamente estabelecido na sentença e a violação ao princípio da legalidade estrita e da individualização da pena.

A Suprema Corte, após enfrentar a questão, fixou seu entendimento editando a súmula vinculante<sup>5</sup> n<sup>o</sup> 56, estabelecendo que “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS” (Brasil, 2016, s/n).

Sendo assim, é proibido obrigar o reeducando a aguardar a vaga para o regime adequado, em regime mais rigoroso. Sendo o certo, que ele aguarde o surgimento de vaga em regime mais brando (Estefam, 2018).

<sup>5</sup> Lei 11.417/2006 - Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

No julgamento do RE 641.320/RS, de que foi relator o Ministro GILMAR MENDES, ficou decidido que o cumprimento de pena em regime mais rigoroso que o devido configura violação aos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana), e 5º, XXXIX (legalidade) e XLVI (individualização da pena), da Constituição Federal (Marcão, 2021, p. 246).

Dessa maneira, resta claro que caso o apenado seja deixado ou alocado em regime fechado, aquele mais gravoso do que estabelecido na sentença ou obtido a partir da progressão ou regressão de regime, estará tendo uma violação de direito, e, conseqüentemente a irregularidade da prisão (Brasil, 2016).

Com a guinada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e, ainda, com a redação da súmula vinculante 56, nossos Tribunais de Justiça Estaduais, a fim de adequar seus entendimentos ao que fixado pelo Supremo, começaram a readequar a forma de resgate da pena, determinando que diante da ausência de estabelecimento penal adequado, o apenado deve ser incluído em regime menos gravoso até que surja vaga no sistema prisional. No anexo ao presente estudo colaciono o entendimento que vem sendo aplicado.

#### **3.4.4 As medidas alternativas a partir do RE-641.320/RS<sup>6</sup> e a visão do Supremo Tribunal Federal a respeito do sistema penitenciário nacional**

Diante da falta de vagas no regime semiaberto, a decisão a partir do Recurso Extraordinário 641.320/RS decidiu que não poderia deixar o

<sup>6</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Origem: RS – Rio Grande do Sul. Relator: MIN. GILMAR MENDES. RECT.(S) MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RECD: LUCIANO DA SILVA MORAES, representado pelo DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

apenado em regime mais gravoso, estabelecendo outras medidas até que houvesse vaga no regime correto (Brasil, 2016).

A questão abordada no RE-641.320/RS teve a repercussão-geral reconhecida e deu origem ao tema 423, assim delimitado: “Cumprimento de pena em regime menos gravoso ante a falta de vagas em estabelecimento penitenciário adequado” (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Tendo em vista a precariedade de todo o sistema carcerário no país e a má vontade oriunda do Poder Público em investir nesse setor, manifestas são as decisões flexibilizando a aplicação da prisão domiciliar em hipóteses não previstas em lei (Bitencourt, 2017), como é o caso das decisões de flexibilização no regime semiaberto.

Nesse sentido, foi decidido pelo RE-641.320/RS que as medidas diversas poderiam ser: saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto (Brasil, 2016).

A tese final do recurso que deu origem ao tema 423, alhures mencionado, restou assim fixada:

I - A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso; II - Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”); III - Havendo déficit de vagas, deverá determinar-se: (a) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (b) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (c) o

cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado. (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Para tanto, quem irá determinar qual a medida cabível em cada caso é o juiz que cuida da execução penal, devendo fixar o que achar mais adequado a cada apenado, para que possa continuar cumprindo a sua pena da melhor maneira, até que haja vaga no regime adequado.

Resta claro que optar por outra medida que não aquela fixada em lei, ou seja, estar em colônia agrícola ou industrial, não é o melhor para o apenado e para o Estado, tendo em vista que mostra a precariedade e a falta de vontade para o êxito da execução da pena, não cumprindo com todos os objetivos que a pena possui.

Entretanto, não existindo alternativa melhor e não havendo vagas suficiente em regime adequado, não se pode acometer o sentenciado em regime mais gravoso (Brasil, 2016), devendo então optar pelas medidas alternativas.

Além do enfrentamento da questão debatida neste estudo pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 641.320/RS, ainda pendia de julgamento a ADPF<sup>7</sup> 347, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), ainda em 2015, que tinha como objetivo o reconhecimento do chamado estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. O objetivo da ADPF era que o Supremo Tribunal Federal determinasse a adoção de providências no sentido de sanar as lesões a preceitos fundamentais que decorressem de condutas comissivas ou omissivas por parte do Estado no tratamento da questão prisional do país.

---

<sup>7</sup> Lei 9.882/99, art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Na quarta-feira, dia 04/10/2023 o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao julgamento do mérito da ADPF, reconheceu a “violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro”, e, a partir do julgamento, fixou o prazo de 6 (seis) meses para que o governo federal elabore plano de intervenção para resolver a situação, adotando diretrizes para reduzir a superlotação dos presídios, além do número de presos provisórios e a permanência em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena. (Brasil, Supremo Tribunal Federal).

Eis a tese do julgamento:

1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória.
2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos.
3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Aliado ao objetivo de obstar a violação dos direitos do recluso em cumprir sua pena no regime efetivamente estabelecido na sentença, e, considerando a carência de vagas no regime semiaberto, a jurisprudência criou e passou a adotar o chamado regime semiaberto harmonizado, quando o condenado é posto em liberdade com diversas restrições, dentre as quais o monitoramento eletrônico. (Brasil, Ministério Público Federal).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul passaram a adotar medidas para a implementação do sistema semiaberto harmonizado. A partir de então a questão espalhou-se pelo país e já contamos com diversos Tribunais adotando a mesma medida.

No âmbito legislativo tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei n.º 2.756, de 2020, de autoria do Deputado Paulo Ramos, que propõe a alteração do Código Penal e da Lei de Execução Penal a fim de disciplinar os regimes semiaberto e aberto de forma harmonizada. O projeto de lei propõe a inclusão do art. 95-B na Lei de Execuções Penais a fim de estabelecer que a “execução da pena em regime semiaberto ou aberto de forma harmonizada será cumprida mediante recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, sob monitoração eletrônica” (Brasil, Câmara dos Deputados).

Portanto, segundo apontado nesse estudo, considerando a precariedade do sistema penitenciário brasileiro e a inércia do Estado em promover a adequação necessária para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e da legalidade estrita, juízes atuante na Execução penal devem pautar-se nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme explorado acima, adequando a forma de cumprimento da pena de modo a não impor ao apenado uma condição pior do que aquela fixada no título executivo, no caso, a sentença penal condenatória transitada em julgado.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa, tratou sobre o sistema progressivo de pena e a precariedade do sistema prisional em dar efetividade ao que dispõe as regras do regime semiaberto. O estudo realizado se mostrou relevante



e efetivo em razão da abordagem sobre as lacunas existentes dentro do sistema judiciário brasileiro e, destacar, o que a lei apresenta sobre a importância da progressão de pena, visando a reintegração do apenado. Para isso, é de extrema importância que o detento volte gradativamente a trabalhar e estudar, haja vista que o sistema prisional não possui o condão somente de punir, mas também de ressocializar. O preso não deve entrar no regime prisional por um crime e sair pretendendo cometer outros, visto que o ambiente prisional é um momento de reflexão para ser reinserido na sociedade com princípios morais para evitar a desordem social.

Ao decorrer da pesquisa, pode-se elencar certas limitações que acabam sendo visíveis após uma análise aprofundada, entre a teoria e a prática, do poder judiciário. Entre vários pontos a serem abordados, vale destacar aqueles que mais causam danos aos detentos, como a limitação e a precariedade de estrutura do sistema carcerário do país, acarretando em falta de vagas ou até mesmo o excesso de presos em uma única cela. Nesses casos, presencia-se mais uma anomalia jurisdicional, onde que, por excesso de presos e falta de celas, o detento consegue sair de forma antecipada do cárcere, ainda quando não está pronto para o convívio em sociedade, ocasionando por muitas vezes a reincidência.

Mesmo com as várias vertentes sobre o assunto, foi possível alcançar os objetivos almejados, em especial ao que diz respeito ao objetivo geral que consistia em analisar o sistema progressivo de pena e a precariedade de cumprimento do regime semiaberto.

O resultado que acabou se sobressaindo, foi a importância de os tribunais pacificarem o entendimento, de que, por motivos de falta de infraestrutura carcerária, em hipóteses onde o regime deve ser semiaberto, ele deve ser cumprido em regime menos gravoso, justamente para não prejudicar o preso e violar o que efetivamente estabelecido na sentença penal condenatória.

Já, os objetivos específicos do trabalho, consistiam no entendimento de como o sistema progressivo se organizava e a sua funcionalidade, onde com êxito entendeu-se que com a boa conduta do presidiário, por meio de atividades remissivas, estará habilitado a progressão da pena visando a reintegração do apenado.

Diante dos meios pelo qual coaduna à efetivação da reeducação do preso, faz-se necessário a observância de seus direitos previsto em legislação, sendo uma das grandes preocupações a introdução do preso ao meio de trabalho já que é um dos fatores principais da ressocialização fazê-lo se sentir útil em meio a sociedade. Por meio dos benefícios como o trabalho e o estudo e, também, evitando prejudicar o detento pelas falhas do sistema, a chance de se obter êxito no seu retorno ao convívio social acaba sendo maior.

Sendo assim, confirma-se a hipótese, que o regime semiaberto deve ser cumprido conforme prevê a lei, cabendo ao Estado ir atrás de condições adequadas para que seja efetivado o cumprimento da pena, sendo que caso não cumprido, não seja o detento prejudicado já que há súmula e recurso extraordinário que sustentam os direitos dos presos.

Conclui-se então, por meio de todas as análises apontadas, com base principalmente nas sondagens realizadas por meio das decisões dos tribunais sobre a prevalência de beneficiar o detento, diante de tal situação, referente ao regime semiaberto, não deixando dúvida de que é necessário que o Estado invista em infraestrutura, desenvolvendo as colônias agrícolas e industriais visando a evolução do preso, em sua totalidade, para que assim, no momento em que ele retornar ao convívio social, esteja preparado para não cometer os mesmos erros e também encaminhá-lo ao mercado de trabalho.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução Penal**: esquematizado. São Paulo/SP: Forense, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo/SP: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. 23. ed. rev., atual. e ampl. v.1. São Paulo/SP: Saraiva, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul**, ps. 13-14. 11 de maio de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=3352>. Acesso em: 19 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal de notícias**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515220&ori=1>. Acesso em: 15 nov. 2023, às 11h15.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Portal de notícias**. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-recorre-de-decisao-que-concedeuregime-semiaberto-harmonizado-a-condenado-por-homicidioqualificado#:~:text=A%20modalidade%20de%20regime%20semiaberto,liberdade%20com%20diversas%20restric%C3%A7%C3%B5es%2C%20com>. Acesso em: 15 nov. 2023, às 11h20.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposições**. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1943453](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1943453). Acesso em: 15/11/2023, às 12h16.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 10217, 13 jul. 1984. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19801988/17209.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19801988/17209.htm). Acesso em: 19 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 03 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940 e retificado em 3 jan. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 19 ago. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, n. 191-A, p. 1, 5 out. 1988. Legislação Informatizada – Constituição de 1988 – Publicação Original. Disponível em: <w2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-l.html>. Acesso em: 19 ago. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte geral. 22. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2018.

CIRINO, Juares. **Direito Penal** – Parte geral. 5. ed. Florianópolis/SC: Conceito Editorial, 2012.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal** – Parte geral. Salvador/BA: Juspodivm, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito Penal: Parte geral**. 7. ed. São Paulo/SP: Saraiva Educação, 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 24. ed. Barueri/SP: Atlas, 2022.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução crítica. 8. ed. São Paulo/SP: SaraivaJur, 2022.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo/SP: SaraivaJur, 2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 14. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120) v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. São Paulo/SP: SaraivaJur, 2017.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal**. Teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. São Paulo: Atlas, 2002.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Sentença Criminal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e Constitucional**. São Paulo/SP: RT, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 14. ed. vol. 1 e 2. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte geral [livro eletrônico]. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Branch, 2020.

SCHMITT, Ricardo. **Sentença Penal Condenatória**: Teoria e prática. 9. ed., rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2023.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Manual da Execução Penal**. Campinas/SP: Bookseller, 2001.

# Capítulo 13

## OS REFLEXOS DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: uma análise voltada aos crimes sexuais

Wesley Felipe Hentz  
Everson Alves da Silva

### 1 INTRODUÇÃO

No mês de setembro de 2020, no estado de Santa Catarina, ocorreu uma inusitada situação de constrangimento durante uma audiência instrutória que processava um crime de violência sexual.

No caso em questão, a vítima foi constrangida pelo advogado de defesa ao ter que repetir, diversas vezes, o modo como os fatos ocorreram, além de insinuações de que o ato sexual foi consentido e, que suas vestes, no dia dos fatos ora denunciados, demonstravam o interesse por parte dela. O caso ganhou relevante apreço público devido à popularidade da vítima nas redes sociais, então, os órgãos de proteção nacionais se depararam com a necessidade de criar mecanismos que coibissem tais condutas, evitando assim o constrangimento às vítimas, seja por parte dos entes públicos ou por terceiros que atuam ou intervêm nos casos.

Desse modo, por meio da Lei n. 14.321, de 31 de março de 2022, foi incluída na Lei de Abuso de Autoridade o crime de violência institucional, que visa coibir as condutas utilizadas pelos órgãos de proteção para deslegitimar a denúncia da vítima e de testemunhas, ou até mesmo constrangê-las ao fazê-las relembrar o abuso vivenciado. No

entanto, o legislador não observou o impacto que essa lei poderia causar na instrução de processos penais que versam sobre crimes sexuais.

Afinal, delimitar a atuação do Estado e impedir que vítimas de crimes sexuais sejam reinqueridas, com a intenção de promover a não revitimização, não coloca um obstáculo processual frente aos direitos constitucionais da vítima e do acusado?

Ao que parece, evitar tomar o depoimento de uma vítima de crime sexual, que muitas vezes ocorre na clandestinidade, é o mesmo que deixar de produzir provas, o que vai contra os princípios do direito penal brasileiro.

Tal assunto se tornou importante, uma vez que para as vítimas, a não revitimização é eficaz ao ponto de não machucar e não reviver momentos sofridos. Porém, esse mesmo fato, implica em uma falta de munição para a defesa fazer o seu trabalho.

O objetivo do presente artigo é analisar a eficácia do art. 15-A da Lei de Abuso de Autoridade, examinando se o direito da vítima em ser protegida perante o Estado é maior que o direito do réu ao devido processo legal, com todos os meios de prova que lhe são cabíveis, assim como a análise do reflexo que esse artigo trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio da análise de jurisprudências e decisões de magistrados.

O procedimento metodológico utilizado no presente trabalho é o exploratório, pois, conforme leciona Gil (2002, p. 41) pesquisas exploratórias envolvem “[...] levantamento bibliográfico; (b) entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado; e (c) análise de exemplos que “estimulem a compreensão”.

No presente trabalho, serão realizadas análises jurisprudenciais acerca da necessidade ou não de reinquirição da vítima de crimes sexuais e o impacto que a falta de seu depoimento pode causar no processo.



No mais, quanto aos processos de pesquisa, será utilizada a pesquisa documental, além de uma abordagem qualitativa.

Dessa forma, esse capítulo está estruturado da seguinte forma: seguido dessa sessão, haverá a análise do Processo Penal à Luz da Constituição, passando por um apanhado sobre o que consiste a violência institucional, os reflexos da violência institucional na teoria da prova no processo penal e por fim, as considerações finais.

## 2 A REVITIMIZAÇÃO E O IMPACTO PROCESSUAL

O crime de violência institucional foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2022, de modo que, desde então, causa discussões acerca de sua legalidade e o impacto que pode causar nos processos penais, principalmente no que tange a crimes sexuais.

Revitimização é, de forma simplificada, a ação ou omissão praticada por órgãos públicos, como delegacias, Ministério Público e Poder Judiciário (Taquete, 2007).

### 2.1 PROCESSO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ

O Código de Processo Penal foi criado em 1941, em uma época ditatorial e intervencionista do Brasil, na denominada “Era Vargas”, e tem fortes influências do Código Rocco, legislação do regime fascista da Itália (Santos, 2009).

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, o Processo Penal deixou de ser visto como um instrumento do poder punitivo, passando por uma verdadeira transformação do sistema de justiça penal no Brasil, pois deixou de ser um

mero instrumento de aplicação da lei penal para se tornar um mecanismo de garantias individuais (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2002).

No mesmo sentido, Pacelli (2017, p. 18) ensina:

Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF).

Nas palavras de Barroso (2007, p. 129), “[...] a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”.

A Constituição Federal trouxe aos indivíduos garantias que antes não eram previstas no Código de Processo Penal, tais como a presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, o direito a um julgamento justo e um juiz imparcial, a proibição de dupla punição, entre outros princípios capazes de assegurar a justiça e a equidade no processo penal, garantindo que as normas penais e processuais estejam alinhadas com os direitos, garantias e prerrogativas concedidas pelo sistema constitucional ao acusado (Brasil, 1988).

Nesse sentido, bem preceitua Lopes Júnior (2022, p. 40):

A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

E mais, nas palavras de Badaró (2021, p. 68):

As diversas garantias constitucionais, embora tenham operacionalidade em si e isoladamente, ganham força quando atuam de forma coordenada e integradamente, constituindo um sistema ou um modelo de garantias processuais.

Ensina Rangel (2023) que esse garantismo conquistado com a promulgação da Constituição coloca a proteção dos direitos e garantias individuais no centro do sistema de justiça penal, indo além do legalismo estrito, mas baseia-se também, nos princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, garantindo que o processo penal seja justo e respeite os direitos dos acusados.

Segundo Lopes Júnior (2008, p. 47):

No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena.

Essa abordagem garantista trazida pela Constituição, desempenhou um papel essencial na transformação do sistema processual penal, pois a Constituição Federal de 1988 trouxe garantias aos acusados, enfatizando o papel fundamental da proteção dos direitos individuais e do garantismo penal e processual penal, sendo um marco na história do país, explicitando a mudança de paradigma em relação ao sistema legal e de justiça penal anteriormente adotados (Rangel, 2023).

Considerando as disposições constitucionais, mormente a elencada no art. 129, I<sup>1</sup>, além dos dispositivos infraconstitucionais do art. 3.º-A<sup>2</sup> e 24<sup>3</sup> do Código de Processo Penal temos que o processo penal brasileiro adotou o sistema acusatório, pois bem deliberou pela separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Essa separação de funções é reflexo direto de um processo penal analisado a partir da Constituição Federal.

### 2.1.1 Sistema Acusatório

Lopes Júnior (2020, p. 60), ensina de maneira descomplicada em que consiste o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro:

[...] a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo [...]

Por seu turno, Lima (2020) anota que o sistema acusatório não admite que ninguém, nenhum cidadão, seja chamado a juízo sem que haja uma acusação formal, imputando-lhe uma conduta ilícita a qual deve estar descrita pormenorizadamente para que o acusado saiba

---

<sup>1</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (Brasil, 1941).

<sup>2</sup> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (Brasil, 1941).

<sup>3</sup> Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (Brasil, 1941).

especificamente do que está sendo acusado e possa exercer com plenitude seu direito de ampla defesa e contraditório.

Esse formato, denominado de sistema acusatório, foi introduzido no Brasil e ganhou ênfase após a promulgação da Constituição, que estabeleceu garantias ao acusado. Figueiredo (2019), explica que mesmo não havendo um artigo específico na Constituição Federal sobre o sistema processual adotado no Brasil, diante dos inúmeros direitos e garantias processuais, além da separação de funções entre o acusador e o julgador, é implícito que o sistema acusatório foi o adotado.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus 640518/SC, bem ponderou que:

Inexiste controvérsia acerca do modelo acusatório conferido ao sistema penal brasileiro, caracterizado pela separação das atividades desempenhadas pelos atores processuais, pela inércia da jurisdição e imparcialidade do julgador, tampouco de que cabe ao Ministério Público, na forma do artigo 129 da Constituição Federal, promover privativamente a ação penal pública.

Nesse sistema, o investigado deixou de ser mero infrator que deve ser penalizado e passou a ser parte importante no processo, podendo dessa forma, apresentar seus argumentos de defesa, em busca de eximir dúvidas e, coligado com as provas do processo, ter um julgamento justo, por um juiz imparcial.

Para Lopes Jr (2020, p. 226), o sistema acusatório deve assegurar ao acusado a observância de todos os princípios constitucionais, e assim garantir “[...] o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal”.

Complementando o assunto, discorre Coutinho (2009, p. 115):

O Sistema Acusatório não é e nunca foi sinônimo da impunidade, algo, por sinal, porque se reclama tanto do sistema atual. Trata-se isso sim de um sistema que realça o papel das partes a começar por aquele do juiz não só por compatibilizá-los com os ditames constitucionais mas, sobretudo, em razão de permitir que se caminhe na direção de uma maior democracia processual.

Somente com um processo correto e regular é que poderão as partes, ativa e passiva de uma ação, independente de qual seja a sentença, absorverem o sentimento de justiça, para isso, deve ser observado todos os ditames do processo e o seu regular prosseguimento.

No mais, o art. 3º-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 13.964/2019, consagrou expressamente no Código de Processo Penal a adoção do sistema processual acusatório, ao dispor que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (Brasil, 1941). Por sua vez, o art. 24 do Código de Processo Penal estabeleceu, em conformidade com o que preceitua o art. 129, I, da Constituição Federal, que a ação penal será promovida pelo Ministério Público, de forma privativa (Brasil, 1941).

Assim, o sistema penal brasileiro é, em toda sua forma legal e constitucionalmente acusatório, pois caracteriza-se pela clara separação de funções entre o juiz e as partes, o que deve ser mantido ao longo do processo, para que as garantias fundamentais sejam seguidas e tanto defesa, quanto acusação, possam realizar seus trabalhos com a certeza de que não haverá interferência do julgador (Lopes Júnior, 2020).

## 2.1.2 Objeto do processo: a imputação

A ação penal pública inicia-se a partir da denúncia, formulada pelo Ministério Público, conforme aduz o art. 24 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941):

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Na denúncia, dentre todos os requisitos elencados no art. 41 do Código de Processo Penal, dois elementos se destoam como mais importantes: a imputação e o pedido de condenação (Brasil, 1941).

A imputação de determinado fato delituoso deve ser feita de forma minuciosa, não podendo limitar-se apenas a relatar o crime, mas fazer incluir todas as circunstâncias e formas com que o crime ocorreu, pois somente assim, poderá ter o investigado uma defesa ampla, assegurando seu contraditório (Lopes Júnior, 2020).

Para Badaró (2021, p. 325), “a denúncia deverá trazer a qualificação penal do fato. Não basta a menção do nome do delito, sendo necessária a indicação do tipo penal, inclusive com suas formas qualificadas, se for o caso”. Como mencionado, o processo penal brasileiro deve ser observado à luz da Constituição Federal, e assim sendo, a imputação minuciosa do delito praticado torna possível a observância dos princípios constitucionais.

Segundo Guédes (2017), o chamado “direito de ser bem acusado” parte da premissa de que para um regular processo, é indispensável que o réu saiba quais são as acusações que recaem sobre si, pois somente dessa maneira, é capaz de se defender de forma precisa.

### 2.1.3 Ônus da prova no processo penal

Conforme leciona Badaró (2015), a palavra “prova” é polissêmica, o que significa que ela tem diferentes significados ou nuances em contextos variados. Seu estudo transcende o campo do direito e abrange diversas disciplinas (epistemologia, a psicologia, a semiótica) e outras ciências relacionadas. Isso decorre porque o conceito de prova é fundamental em muitas áreas, não apenas no sistema legal, e sua compreensão requer uma abordagem multidisciplinar para analisar como as informações são coletadas, interpretadas e usadas para estabelecer a verdade ou a validade de uma afirmação.

No contexto do processo penal, Rebouças (2022, p. 643 e 644) conceitua “prova”, nos seguintes termos, vejamos:

Em conceito analítico especificamente voltado para o processo penal pode-se dizer que a prova, como atividade, como instrumento, como resultado, traduz-se (i) na demonstração ou na refutação da hipótese acusatória, quanto à existência material do fato constitutivo de crime e a concorrência (autoria ou participação) do imputado nesse fato; (ii) na demonstração ou na refutação das demais hipóteses fáticas relevantes para a existência e para o dimensionamento da responsabilidade penal do imputado.

O artigo 156 do Código de Processo Penal, estabelece que *“a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício (...)”*. Este dispositivo levanta duas questões de suma importância: 1. Ônus da Prova no Processo Penal. 2. Poderes instrutórios do magistrado. (Madeira Dezem, 2016).

A prova da alegação (ônus probandi) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, 1ª parte). Exemplo: cabe ao Ministério



Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso o réu pretenda a absolvição com fulcro no art. 386, I do Código de Processo Penal, incumbe-lhe ainda a prova da “inexistência do fato”. (Capez, 2006, p. 308 e 309).

O inciso II, do art. 156 do Código de Processo Penal, dispõe que o juiz poderá, de ofício, “*determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante*”. Todavia, há limites para a respectiva atuação, tendo em vista que a Constituição Federal implicitamente adotou o sistema acusatório, o qual separa as funções de acusar e julgar de um único indivíduo. Essa separação tem como objetivo garantir a imparcialidade dos magistrados, permitindo que esses atuem de maneira imparcial e justa no processo. (Pacelli, 2017).

No mesmo sentido, leciona Rebouças (2022, p. 666):

No modelo de processo penal de tipo acusatório, o ônus da prova quanto à hipótese de prática de fato em tese constitutivo de infração penal (materialidade e autoria), é conferido exclusivamente ao órgão de acusação. Do ponto de vista objetivo, o acusador tem o ônus de demonstrar cada um dos elementos materiais constitutivos do tipo penal imputado. Adicionalmente, sob o viés subjetivo, tem o acusador o ônus de provar que o acusado foi o autor ou partícipe do fato objeto do processo.

Assim, tem-se que uma decisão judicial não é necessariamente uma revelação da verdade absoluta, mas sim um resultado obtido através do contraditório, respeitando as regras e garantindo um processo

justo. Esse entendimento confirma que o sistema judicial não pode necessariamente atingir uma verdade absoluta, mas busca alcançar uma decisão justa e equitativa com base nas informações disponíveis e no respeito às garantias processuais. Isso é crucial para proteger os direitos das partes envolvidas. (Lopes Junior, 2020).

Nesse mesmo sentido, são as palavras de Badaró (2015, p. 425):

A doutrina é uniforme no sentido de que a dúvida sobre a conduta típica, incluindo em tal conceito a ação ou a omissão, bem como o nexa causal com o resultado naturalístico, quando estes forem exigíveis, levará a um julgamento absolutório.

É que a responsabilidade de produzir a prova, recai sobre quem busca afirmar algo. Aquele que apresenta uma pretensão deve provar os fatos que a sustentam, enquanto aquele que levanta uma exceção, deve provar os fatos que extinguem, modificam ou impedem essa pretensão; isso é fundamental para estabelecer a validade das conclusões e garantir a justiça no processo. (Capez, 2006).

Diante do contexto, a função da prova e a sua produção no processo penal não deve ser vista como mero instrumento de legalidade de um processo, mas sim como mecanismo concreto para comprovar a veracidade do que está sendo alegado, a fim de identificar se o fato verdadeiramente ocorreu ou não. Somente a prova é que poderá fornecer o verdadeiro convencimento do magistrado em sua decisão, declinando sobre a condenação, em caso de prova firme e concreta, ou de absolvição, no caso de ausência de prova sobre a hipótese fática discutida (Badaró, 2003).

## 2.2 VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Publicada no dia 01º de abril de 2022, a Lei 14.321/2022, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro um novo tipo penal, denominado de violência institucional, incluindo o art. 15-A na Lei de Abuso de Autoridade<sup>4</sup> (Brasil, 2022).

A figura penal intitulada de violência institucional, constante do art. 15-A da Lei 13.869/2019, incluída pela Lei Federal 14.321/2022, visa responsabilizar o agente público, criminalmente, pelo fenômeno da revitimização<sup>5</sup> ao apurar infrações penais. (Aras, 2022).

O delito, que é punível com até um ano de detenção e multa, foi introduzido ao ordenamento jurídico após repercussão nas mídias acerca de uma audiência que ocorreu no estado de Santa Catarina, onde a vítima Mariana Ferrer foi exposta a situações vexatórias, sem que houvesse a intervenção do Ministério Público e do magistrado (Costa *et al.*, 2022).

Antes mesmo do episódio que culminou com a propositura do projeto de lei PL5091/2020, que posteriormente veio a se transformar na Lei 14.321/2022 e incluir o art. 15-A na Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, o Decreto 9.603<sup>6</sup>, de 10 de dezembro de 2018, em seu art. 5, inciso I, já conceituava a violência institucional como sendo:

Violência praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência. (Brasil, 2018, s/n).

<sup>4</sup> Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019 - Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

<sup>5</sup> Fenômeno decorrente do sofrimento continuado ou repetido da vítima de um ato violento.

<sup>6</sup> Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Ainda, a resolução 254 de 04 de setembro de 2018, do Conselho Nacional de Justiça, após alteração em seu art. 9º, passou a conceituar violência institucional como “[...] a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção e preservação dos direitos de mulheres” (Brasil, 2018).

O Código de Processo Penal, em seus arts. 400-A e 474-A, além do art. 81, § 1.º-A, da Lei 9.099/95, incluídos pela Lei 14.245 de 2021, de igual redação, passaram a prever que:

**Art. 400-A.** Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, **nas que apurem crimes contra a dignidade sexual**, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato **deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima**, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas: **I** - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos; **II** - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas. [grifo nosso]. (Brasil, 1941).

Verifica-se, pois, que a violência institucional é conduta levada a efeito por aquele que objetiva, sem a estrita necessidade, submeter a vítima de infração a procedimentos considerados desnecessários, repetitivos e invasivos, que não contribuam para o esclarecimento dos fatos apurados e postos para julgamento.

## 2.2.1 Bem jurídico tutelado

Segundo a doutrina, a ideia de bem jurídico teve origem na primeira metade do século XIX, quando os penalistas da época entendiam que o Direito Penal defendia direitos; o delito era a lesão de um direito. O bem jurídico é tudo o que aos olhos do legislador se reveste de certo valor como pressuposto de uma saudável na comunidade jurídica. (Busato, 2013).

Bem jurídico pode ser conceituado como interesses ou necessidades do indivíduo, da sociedade ou do próprio Estado, que demanda proteção jurídica (Santos, 2020).

Segundo Aras (2022, p. 12):

O objetivo da criminalização da violência institucional no contexto da Lei de Abuso de Autoridade é proteger a higidez psíquica, a intimidade e a privacidade de pessoas que tenham sido vítimas de infrações ou testemunhas de crimes violentos, como limite à obtenção da “verdade real”<sup>7</sup>.

Como em toda norma, o crime de violência institucional também visa tutelar alguns princípios basilares do indivíduo. É que, conforme leciona Navarrete (1974, p. 21-22), “sem a presença de um bem jurídico de proteção prevista no preceito punitivo, o próprio Direito Penal, além de resultar materialmente injusto e ético-socialmente intolerável, careceria de sentido como tal ordem de direito”.

Em vista da introdução recente do crime de violência institucional no ordenamento jurídico brasileiro, ainda restam algumas divergências acerca do bem jurídico tutelado. Para Cunha (2015), a norma busca somente tutelar a incolumidade psíquica, a privacidade e a intimidade

<sup>7</sup> Verdade real é o princípio que estabelece que o magistrado sempre deve estar o mais próximo possível da verdade dos fatos.

da vítima e da testemunha. No entanto, Costa *et al.* (2022, s/n) tratam da norma como crime pluriofensivo, que protege dois bens jurídicos distintos:

De forma imediata ou principal temos a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas físicas, nesse caso especificamente a honra (artigo 5º, X da CF), a integridade moral (artigo 5º, XLIX da CF) e a liberdade de locomoção (artigo 5º XV e LXII da CF). O bem jurídico tutelado de maneira mediata ou secundária é a normalidade e a regularidade dos serviços públicos, isto é, o bom funcionamento do Estado.

Mesmo que divergente em partes, a doutrina é cristalina ao firmar que a principal função da norma é, em toda sua forma, proteger a vítima de violência praticada pelo Estado, evitando que a vítima tenha a exposição de sua vida como uma estratégia da defesa (Bessa, 2022).

Ao criar esse novo tipo penal na Lei de Abuso de Autoridade, o legislador buscou resguardar, dentre outros, o “regular exercício da função pública”, pois, o caso concreto submetido ao magistrado deverá receber atenção competente, a fim de verificar a existência de respaldo legal das diligências instrutórias solicitadas, garantindo e respeitando o contraditório e a proporcionalidade (Aras, 2022).

## 2.2.2 Sujeitos

Por ter sido incluída na Lei de Abuso de Autoridade – Lei n. 13.869/2019, a violência institucional tem por parte ativa do delito os sujeitos elencados no rol do art. 2º, que são “agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído” (Habib, 2022).

Segundo Costa *et al.* (2022), quanto ao sujeito ativo, o delito de abuso de autoridade é classificado como próprio, pois somente pode ser praticado por autoridade pública. Dessa forma, um advogado durante a instrução processual, atuando na defesa do seu cliente, não pode cometer o delito, pois não é autoridade pública, logo, não está no rol dos delitos previstos na Lei de Abuso de Autoridade. No que tange ao sujeito passivo da relação, o próprio texto do art. 15-A da Lei de Abuso de Autoridade descreve que sua abrangência é a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos.

Bem expõe Cunha (2015), que existe uma diferenciação entre os sujeitos passivos, sendo que a vítima de toda e qualquer infração penal, já a testemunha, somente quando for o caso de crimes violentos.

### 2.2.3 Ação penal

Leciona Badaró (2021, p. 305), que “a ação penal se subdivide em duas grandes categorias: ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada”. No delito em questão, o legislador entendeu a iniciativa seria pública incondicionada, isso é, sem necessidade de a vítima demonstrar o interesse no prosseguimento da ação, bastando somente a consumação do crime para que fosse iniciada a investigação (Costa *et al.*, 2022).

Por se tratar de um crime de menor potencial ofensivo, que tem como pena a detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, a competência para processar e julgar será do Juizado Especial Criminal (Costa *et al.*, 2022).

## 2.3 REFLEXOS DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL NA TEORIA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O delito de violência institucional previsto no art. 15-A, da Lei 13.869, de 5 de dezembro de 2019 objetiva punir aqueles que submetem a vítima de “infração penal ou testemunha de crimes violentos” a procedimentos considerados desnecessários ou invasivos (Brasil, 2019).

No presente estudo, considerando a imensa gama de crimes violentos, vamos nos pautar na análise dos reflexos da violência institucional na prova dos crimes praticados com violência sexual, cuja produção da prova, em sua maioria, é difícil e praticamente limitada.

O juiz resolve o mérito do processo a partir de uma sentença penal, que pode ser condenatória ou absolutória. Na sentença absolutória o juiz penal rejeita a pretensão punitiva, entendendo ser infundada a acusação e improcedente a pretensão que foi deduzida na inaugural do processo. Na sentença condenatória, por seu turno, o magistrado acolhe a pretensão formulada, julgando procedente o pedido e trazendo a “*sanctio juris* do plano abstrato para o plano concreto”. (Tourinho Filho, 2012, p. 369-370).

Para que se profira uma sentença penal condenatória é imprescindível a existência de um juízo de certeza sobre a existência da infração penal e, ainda, da respectiva autoria ou até mesmo participação do acusado. Mostra-se inviável que seja prolatada eventual sentença condenatória levando por base apenas mero juízo de possibilidade ou até mesmo probabilidade, “sob pena de violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência”. (Lima, 2020, p. 1.620).

É o juiz o destinatário da prova. A reconstrução do fato criminoso é feita para o magistrado. Provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato narrado na denúncia efetivamente ocorreu do modo como foi noticiado pelo Ministério Público, “com aproveitamento de chances,



liberação de cargas ou assunção de riscos de uma sentença desfavorável por não fazê-lo” (Di Gesu, 2014, p. 51).

Sendo, portanto, a prova elemento essencial para a condenação, qualquer dúvida que restar em razão da não comprovação do fato imputado ao réu deve, de forma obrigatória, ser resolvida em seu favor. Trata-se, assim, da aplicação do princípio *in dubio pro reo*. (Rangel, 2023).

### 2.3.1 In *dubio pro reo*

A Constituição Federal de 1988, art. 5.º, LVII, assegura, como direito fundamental, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988). O dispositivo constitucional contempla o chamado princípio da presunção de inocência.

Lima (2020, p. 1.617), sobre o tema, acrescenta:

[...] em sede processual penal, vigora o princípio da presunção de inocência, por força do qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, LVII). Desse princípio deriva a denominada regra probatória, segundo a qual recai sobre a acusação o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável. Essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Na dicção de Badaró, cuida-se de uma disciplina do acertamento penal, uma exigência segundo a qual, para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade de certeza.

Para ser possível realizar uma análise mais aprofundada do referido princípio, a fim de compreender sua magnitude e relevância no processo penal, é de suma importância que os conceitos basilares dos elementos constitutivos de crime estejam muito bem definidos. Assim, Badaró (2003) aduz que para impor ao indivíduo uma sanção penal, o fato deve ser típico, a autoria deve restar devidamente comprovada, o indivíduo deve ser imputável, bem como, ausentes as causas de exclusão de culpabilidade e ilicitude.

O doutrinador Bonfin (2019, p. 103), explica:

Esse princípio tem por fundamento a presunção inocência. Em um Estado de Direito, deve-se privilegiar a liberdade em detrimento da pretensão punitiva. Somente a certeza da culpa surgida no espírito do juiz poderá fundamentar uma condenação (art. 386, VII, do CPP). Havendo dúvida quanto à culpa do acusado ou quanto à ocorrência do fato criminoso, deve ele ser absolvido.

A presunção de inocência é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, conforme já explicitado alhures. Conforme ensina Capez (2006), o princípio do *in dubio pro reo*, significa literalmente que “na dúvida, em favor do réu”. Assim, se o conjunto probatório não for suficiente para o magistrado obter o convencimento pleno sobre todos os elementos constitutivos do crime, a absolvição é medida que se impõe, devido à insuficiência de provas.

Destarte, é possível afirmar que este princípio reflete a premissa de que havendo dúvida razoável sobre da culpa do acusado, é preferível absolvê-lo do que potencialmente condenar um inocente. Conforme leciona Gonçalves (2022), havendo dúvida razoável, quanto a culpabilidade do indivíduo, a interpretação da lei ou efetivamente sobre algum elemento do conjunto probatório produzido nos autos, a decisão deve ser favorável ao acusado.

Afirma Nucci (2022, p. 7):

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Exemplo disso está na previsão de absolvição quando não existir prova suficiente da imputação formulada (art. 386, VII, CPP).

O art. 386, inciso VII do Código de Processo Penal, implicitamente, trata do respectivo princípio quando dispõe que o juiz deverá absolver o acusado quando não existirem provas suficientes para embasar uma condenação inequívoca. Este princípio garante que o indivíduo somente seja responsabilizado criminalmente sobre determinado fato delituoso, diante da certeza do magistrado, privilegiando a liberdade deste, em face da pretensão punitiva estatal. (Avena, 2022).

Conforme já mencionado, no processo penal a responsabilidade em produzir prova suficiente para justificar uma condenação recai sobre a acusação. O acusado pode provar que não cometeu o fato delituoso, embora o ônus não recaia sobre este. Assim, a acusação não se desincumbindo do seu ônus e o magistrado permanecendo com dúvidas, a sentença deve ser favorável ao réu. Sobre o tema, Cunha (2015, p. 97), explica:

(...) (B) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu, e não a este comprovar sua inocência (o ônus da prova incumbe sempre ao titular da ação penal); (C) A condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (in dubio pro reo).

Além do princípio do *in dubio pro reo* que orienta a decisão do magistrado, quando há dúvidas referente ao conjunto probatório produzido nos autos, aludida dúvida deve ser decidida a favor do acusado. Com o mesmo viés garantista, há o “princípio do favor rei”, o qual dispõe que havendo dúvidas na interpretação da norma penal, seu alcance ou sentido, também deve ser adotado o sentido mais favorável ao réu. Apesar de haver uma divergência doutrinária sobre a existência de ambos os princípios ou se são a mesma coisa, versando sobre o mesmo tema, é possível concluir que havendo dúvidas, a decisão deve ser a mais favorável ao réu. (Marcão, 2021).

### 2.3.2 Valor probante da palavra da vítima nos casos de violência sexual

Inicialmente, cumpre-se salientar que o elemento crucial para a palavra da vítima ter especial relevância e ser considerada como fator determinante para uma condenação em crimes dessa espécie é a firmeza com que suas declarações são prestadas (Bittencourt, 2022).

A palavra isolada da vítima nos casos de crimes de violência sexual – os quais em regra, são cometidos sem a presença de testemunhas – pode sim basear uma condenação, desde que harmônica, coerente e firme entre si, durante toda a instrução processual (Nucci, 2022).

No mesmo sentido leciona Capez (2022, p. 32):

Em regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo ser aceita com reservas. Contudo, nos crimes praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas, como nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios, deve ser aceita.

O Código Processo Penal adotou o sistema da livre convicção do juiz ou livre convencimento motivado, o que está disposto na sua Exposição de Motivos, item VII (Brasil, 1941):

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito à prova constante dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

Apesar da exposição de motivos do Código Processo Penal dispor que todas as provas são relativas e nenhuma delas terá valor decisivo, nem terá maior prestígio que a outra, no que tange casos de violência sexual, os tribunais superiores vêm assim decidindo (BRASIL – STJ, AgRg no Resp. 2405793, 2023):

Outrossim, é firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, em razão das dificuldades que envolvem a obtenção de provas de crimes contra a liberdade sexual - praticados, na maioria das vezes, longe dos olhos de testemunhas e, normalmente, sem vestígios físicos que permitam a comprovação dos eventos - a palavra da vítima adquire relevo diferenciado.

Com a promulgação da Constituição Federal, consequente implementação do Estado Democrático de Direito e a evolução da mentalidade dos indivíduos, minorias como mulheres e crianças, passaram a participar ativamente na defesa de seus direitos. Os delitos praticados contra esses indivíduos e não denunciados seja por vergonha, medo ou simplesmente por terem sido cometidos na clandestinidade,

sem testemunhas, passaram a ter uma apuração mais efetiva a partir da valoração diferenciada da palavra da vítima (Capez, 2021).

Resta demonstrada a importância da valoração diferenciada e elevada da palavra da vítima nos casos de violência sexual, pois, costumeiramente esse tipo de delito não deixa vestígios, seja pela ausência de violência física empregada, seja pelo tempo entre a conjunção carnal e a efetiva denúncia ou por se tratar de ato libidinoso. Logo, não raras as vezes, a palavra da vítima é o único elemento probatório a ser considerado pelo magistrado. Sendo assim, desde que coerente, harmônica e firme, a palavra da vítima deve ser elemento suficiente para embasar uma condenação. (Marcão; Gentil, 2018).

## 2.4 ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA EM VISTA DA NÃO REVITIMIZAÇÃO

O artigo 386, inciso VI do Código de Processo Penal, estabelece que o magistrado absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva da sentença, quando reconhecer que inexistem provas suficientes para a condenação do acusado (Brasil, 1941).

Já a revitimização ou vitimização secundária, refere-se ao sofrimento adicional imposto as vítimas e eventuais testemunhas de crimes violentos e ocorre quando estas são submetidas a procedimentos desnecessários, invasivos ou quando são injustamente culpadas pelo crime ocorrido, o que acaba intensificando o trauma e o sofrimento destas (Souza, 2022).

A Lei 14.321, de 31 de março de 2022, que, como já salientado no corpo deste trabalho, incluiu o artigo 15-A da Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019, acabou por, de forma mesmo que indireta, limitando a produção da prova, e, ao assim prever, produziu reflexo direto no processo penal,

pois, uma prova mal produzida pode conduzir a uma absolvição daquele que efetivamente praticou o delito, ou, na condenação daquele que merecia ser absolvido.

Eis o inteiro teor da norma:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade: I - a situação de violência; ou II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. [grifo nosso]. (Brasil, 2019, s/n)

O tipo penal é daqueles considerados abertos. Nos tipos penais abertos, o legislador, considerando a impossibilidade de “prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer na sociedade” criou tipos penais sem uma descrição completa do modelo de conduta proibida. Em tipos de tal estirpe mostra-se necessária uma complementação pelo intérprete. (Grego, 2022, p. 525).

A prova no processo penal deve ser robusta, pois é o meio pelo qual o juiz busca chegar à verdade dos fatos, convencendo-se de que a conduta imputada ao acusado efetivamente ocorreu ou não e se os fatos apurados no processo ocorreram ou não conforme as provas demonstram. “O juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro”. (Badaró, 2021, p. 608).

Quando a Lei busca limitar a produção da prova, o prejuízo para o processo é evidente. Tanto a vítima quanto o acusado sofrem os efeitos de uma prova não produzida a contento. Em muitas hipóteses, a revitimização é imprescindível para que se apure a verdade dos fatos e tenha base firme para uma decisão despida de qualquer dúvida razoável.

Ainda amparado nos ensinamentos de Badaró (2021, p. 609):

Parte-se, portanto, da premissa de que a verdade deve ser concebida segundo a teoria da correspondência. Assim, o juízo de fato no processo penal implica uma relação de correspondência entre linguagem e mundo, entre a proposição que descreve o que ocorreu e a realidade sobre a qual essa se refere, isto é, o “passado a ser reconstruído”. O juiz deve, portanto, verificar se “é verdadeira a afirmação de que o imputado praticou a conduta, enquanto essa corresponde a fatos da realidade”.

Limitar a atuação das partes no processo para apuração da verdade pode vir a ocasionar injustiças. Em caso de dúvidas o acusado deve ser absolvido, e, essa absolvição pode ser injusta. De outro norte, o acusado pode se ver limitado a provar a sua inocência quando inexistir outros meios, senão a palavra da própria vítima, que deve ser explorado a fim de demonstrar contradições.

Baradó (2003, p. 184), esclarece:

Em conseqüência, o ônus da prova subjetivo deve ser entendido como a regra segundo a qual, no curso do processo, cada parte deve fornecer a prova de determinados fatos e não de outros, em função da própria posição a respeito da *fattispecie* substancial. Nesta concepção, sob o aspecto subjetivo, a regra sobre ônus da prova determinada, inclusive, a providência da prova: os fatos constitutivos devem ser demonstrados só pelo autor, enquanto os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos devem ser comprovados apenas com provas produzidas pelo réu. [grifo nosso]

Nossa jurisprudência também entende que a ausência de provas deve militar em favor do acusado, ocasionando sua absolvição. Vejamos:

APelação CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL  
- ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE - INSUFICIÊNCIA



DO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE PROVAS INCONTESTES ACERCA DA CONDUTA IMPUTADA - IN DUBIO PRO REO - RECURSO PROVIDO. - Não havendo nos autos comprovação inequívoca da prática da conduta imputada na denúncia, se mostra inviável a manutenção da sentença condenatória de primeira instância, devendo ser privilegiado o princípio in dubio pro reo. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.23.106900-6/001, Relator (a): Des. (a) Glauco Fernandes, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/10/2023, publicação da súmula em 26/10/2023).

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 213, CAPUT, C/C ART. 224, "A", AMBOS DO CP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PLEITO CONDENATÓRIO. INVIABILIDADE. VÍTIMA QUE NEGOU OS FATOS JUDICIALMENTE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EMBASADO, **PRINCIPALMENTE, EM DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITIVA.** INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS À CONFIRMAR A ACUSAÇÃO CONTIDA NA INICIAL. **IMPOSSIBILIDADE DE ÉDITO CONDENATÓRIO.** INTELIGÊNCIA DO ART. 155 DO CPP. APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO REO IMPERATIVA. EXEGESE DO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE MANTÉM. RECURSO NÃO PROVIDO. Para que se possa admitir a prática criminosa atribuída ao acusado, mister se faz a produção de prova que permita a afirmação de sua culpabilidade. Em sede de ação penal na qual se atribui a prática de crime sexual, toma grande relevo a confirmação da palavra da vítima em juízo, não bastando para tanto, sua inquirição na fase investigatória. Ausentes tais cuidados, dificulta-se, quando não se inviabiliza a prolação de decreto condenatório. "Não logrando a acusação fazer prova convincente acerca da autoria e revelando o conjunto probatório mais dúvida do que certeza, a única solução possível é a absolvição" (Apelação Criminal n. 2009.039688-1, rel. Des. Túlio Pinheiro, Segunda Câmara Criminal, j. 3.11.2009). RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação Criminal n. 0003440-14.2006.8.24.0078, de Urussanga, rel. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 15-03-2018). [grifo nosso]

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO CONTRA MENOR DE DEZOITO E MAIOR DE CATORZE ANOS, PRATICADO COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA (CÓDIGO PENAL, ART. 213, § 1º, SEGUNDA PARTE, COMBINADO COM ART. 226, II). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ALMEJADA CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DECLARAÇÕES CONTRADITÓRIAS DA VÍTIMA EM AMBAS AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS, DEIXANDO EM DÚVIDA A OCORRÊNCIA OU NÃO DOS ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. FRAGILIDADE PROBATÓRIA QUE IMPEDE O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO. ADEMAIS, VERSÃO DO ACUSADO, NO SENTIDO DE QUE SEQUER SE ENCONTRAVA NA SUA RESIDÊNCIA NA DATA NARRADA NA EXORDIAL, CORROBORADA PELOS DEMAIS SUBSTRATOS DE CONVICÇÃO CONSTANTES NO FEITO. ESCORREITA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO NA ESPÉCIE. JUÍZO DE MÉRITO IRRETOCÁVEL. PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003321-11.2016.8.24.0011, de Brusque, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 13-02-2020). [grifo nosso]

As três decisões trazidas demonstram o impacto da produção da prova no processo penal que culminou com a absolvição dos acusados. Na primeira por aplicação do princípio *in dubio pro reo*, a absolvição foi medida impositiva. No segundo e terceiro julgados, o tema é análogo ao que ora se apresenta neste estudo, pois, a vítima foi ouvida duas vezes, na

fase do inquérito e na fase do processo, o que foi crucial para a absolvição do acusado.

De outro modo a jurisprudência também deixa claro que se a palavra da vítima for firme, a condenação é medida imperiosa. Conforme:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, PRATICADO COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA (CÓDIGO PENAL, ART. 217-A, CAPUT, COMBINADO COM ART. 226, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE SUBSTRATOS DE CONVICÇÃO APTOS PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. INVOCADA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS. DECLARAÇÕES FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, QUE SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA PARA O ESCLARECIMENTO DOS FATOS, ALIADAS AOS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVENCIMENTO CONSTANTES DO FEITO. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO COLIGIDO EM AMBAS AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS. DÚVIDA INEXISTENTE. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL. PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 5002835-08.2020.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 10-08-2023). [grifo nosso]

Neste último caso, a palavra da vítima restava quase que isolada no conjunto probatório, no entanto, sua declaração firme, coerente e lógica nas duas fases processuais foi fundamental para a condenação do acusado. Frisa-se que o relator deste último julgado é o mesmo relator que

na jurisprudência anterior, entendeu por absolver o réu, demonstrando assim o livre convencimento do julgador.

Evidente que o papel da vítima produz um “interessante reavivar do seu protagonismo no processo penal moderno, não é menos verdade que isso pode gerar – como tem gerado entre nós – um processo perverso” (Shecaira, 2020, p. 65).

Mesmo não tendo consciência ou intenção, passam a desempenhar uma perversa interlocução punitiva, típica do movimento da Lei e da Ordem. “As vítimas assim manipuladas passam a opinar como técnicos e como legisladores e convocam os personagens mais sinistros e obscuros do autoritarismo penal *völkisch* ao seu redor, diante dos quais os políticos amedrontados se rendem, num espetáculo vergonhoso para a democracia e a dignidade da representação popular” (Shecaira, 2020, p. 65).

Sendo assim, apesar do artigo 15-A, buscar proteger a vítima de situações que causem sofrimento elevado, trazendo à tona memórias dos traumas sofridos, é crucial para o devido processo legal que haja uma segunda oitiva, servindo para que a vítima possa reiterar as alegações anteriormente prestadas.

A questão ainda pode ser vista pelo sentido inverso, pois, caso o réu não consiga produzir prova robusta dos fatos constitutivos do seu direito, através da exploração mais aprofundada de eventuais contradições nos depoimentos colhidos, mormente da vítima, poderá ter uma condenação injusta.

A prova produzida durante a instrução probatória é do processo. No julgamento o juiz deve valorar todo o material probatório trazido aos autos, independentemente de qual foi a parte que produziu. Quando o juiz se encontra em dúvida sobre um fato relevante para a tomada de decisão no processo, e, considerando ser vedado o *non liquet*, a regra do

ônus da prova deverá ser adotada, e, assim sendo, o prejuízo poderá ser evidente, conforme demonstrado nos julgados acima (Badaró, 2003).

Portanto, conclui-se que o impacto da violência institucional na produção da prova no processo penal é direta. Reafirmando o que já dito alhures, uma prova mal produzida pode gerar uma decisão contaminada de injustiça.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para entender os aspectos da violência institucional e seu impacto, era imprescindível que o presente trabalho partisse de uma análise do processo penal à luz da Constituição Federal, pois ela trouxe garantias fundamentais não previstas no Código de Processo Penal, tais quais, ampla defesa e contraditório, presunção de inocência, o direito a um julgamento justo e um juiz imparcial, princípios que buscam assegurar a justiça e a equidade no processo penal.

Após essa análise inicial, foi identificado que apesar da Constituição Federal não adotar expressamente o sistema acusatório quando dispõe sobre separação de funções de acusar e julgar e assegura inúmeras garantias constitucionais ao acusado, resta demonstrado que implicitamente a Carta Magna adotou o referido sistema processual. A fim de acabar com eventuais dúvidas sobre qual era o sistema processual adotado no Brasil, a Lei 13.964/2019, incluiu no Código de Processo Penal o artigo 3º-A que consagrou expressamente o sistema processual acusatório.

Conforme explorado, a ação penal pública inicia com a denúncia, a qual deve expor o fato de maneira minuciosa, a fim de garantir que o acusado possa exercer com plenitude seu direito de defesa. Partindo

dessa premissa, é importante reiterar que o ônus da prova é conferido exclusivamente ao órgão acusador.

Feitas todas as ponderações necessárias para o entendimento do tema, adentrou-se no assunto do presente trabalho. A Lei 14.321/2022, publicada no dia 01º de abril de 2022, incluiu o art. 15-A na Lei de Abuso de Autoridade, criando um novo tipo penal, denominado de violência institucional, visando responsabilizar criminalmente o servidor público que submeter a vítima ou testemunhas de crimes violentos, a procedimentos desnecessários ou invasivos.

Da análise do tipo penal do art. 15-A, verifica-se que estamos diante de um tipo penal aberto, pois, as expressões desnecessárias, repetitivas e invasivas não se encontram especificadas no corpo da norma, logo, dependerá do interprete dizer o que significa cada uma das expressões a partir da análise do caso concreto.

Conforme restou amplamente demonstrado, a prova para servir de base para um édito condenatório deve ser robusta, firme e coerente. Em crimes de violência sexual, geralmente cometido às escondidas, a palavra da vítima goza de prestígio e deve ser levada em consideração pelo magistrado quando estiver concatenada com os demais elementos de prova colhidos durante a instrução processual.

Para que fosse possível observar a necessidade da reinquirição e as falhas não observadas pelo legislador quando da criação de um tipo penal que limita a atuação do Estado, era fundamental que o presente estudo partisse de análises jurisprudenciais sobre o tema, notadamente quanto a reinquirição da vítima nas fases processuais. Sendo assim, por meio dos estudos sobre o tema, foi possível observar que o depoimento da vítima tem papel importante nos crimes de natureza sexual, sendo crucial para condenação, mas também se mostra importante para que a defesa possa demonstrar as falhas existentes e assim, busque a absolvição do acusado.

Por todo o exposto, verificou-se que a ação levada a efeito com o intuito de proteger a vítima pode se voltar contra ela mesma, pois, uma insuficiência probatória pode levar a absolvição. Além de influenciar o próprio legislador, influência também o julgador que, ao ver a produção da prova limitada, tende a absolver.

Por fim, conclui-se que leis baseadas em casos midiáticos normalmente são aprovadas sem o devido debate e estudo aprofundado sobre sua efetiva aplicabilidade, tornando-as falhas ou apenas letra morta, portanto, o que deveria ser a resolução de um problema, torna-se o início de uma discussão ainda maior.

## REFERENCIAL

ARAS, Antônio Augusto Brandão de. **Parecer AJCONST/PGR N.º 717079/2022**. Disponível em: [https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI007201DFviolenciainstitucionalREV.CF\\_13.10.2022PC.pdf/view](https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI007201DFviolenciainstitucionalREV.CF_13.10.2022PC.pdf/view). Acesso em: 26 out. 2023.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. ISBN 9786559645084. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645084/>. Acesso em: 13 out. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 58, p. 129-173, jan.-mar./2007. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 23 set. 2023.

BESSA, Caroline Ribeiro Souto. **A nova lei que tipifica a violência institucional**. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363875/a-nova-lei-que-tipifica-a-violencia-institucional>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº 254 de 04/09/2018**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2669>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 13 de out. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 2405793 – DF (2023/0240227-6)**, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Data de Julgamento: 18/09/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1990417249/inteiro-teor-1990417255>. Acesso em: 13 out. 2023.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC: 640518 SC 2021/0015845-2**, relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Publicação: DJ 22/01/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=120311233&tipo_documento=documento&num_registro=202100158452&data=20210122&formato=PDF). Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. TJMG - Apelação **Criminal 1.0000.23.106900-6/001**, Relator(a): Des.(a) Glauco Fernandes , 2ª CÂMARA CRIMINAL, j. 26-10-2023. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/InteiroTeor\\_10000231069006001.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/InteiroTeor_10000231069006001.pdf). Acesso em: 26 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC, **Apelação Criminal n. 0003440-14.2006.8.24.0078**, de Urussanga, rel. Jorge Schaefer Martins, Quinta Câmara Criminal, j. 15-03-2018. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC, **Apelação Criminal n. 5002835-08.2020.8.24.0008**, de Blumenal, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 10-08-2023. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. TJSC, **Apelação Criminal n. 0003321-11.2016.8.24.0011**, de Brusque, rel. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 13-02-2020. Disponível em: <https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em: 30 out. 2023.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**: Parte especial: crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública - arts. 213 a 31. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. ISBN 9786555597141. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597141/>. Acesso em: 18 out. 2023.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553610631. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610631/>. Acesso em: 18 out. 2023.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Valor probatório da vítima no processo penal**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/controversias-juridicas-valor-probatorio-vitima-processo-penal>. Acesso em: 13 out. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial – arts. 213 a 359-T. v.3**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. ISBN 9786555596007. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596007/>. Acesso em: 16 out. 2023.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Adriano Souza *et al.* **Crime de violência institucional: abusando da lei contra o abuso de autoridade**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-05/academia-policia-crime-violencia-institucional-abusando-lei-abuso>. Acesso em: 19 out. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório: Cada Parte no Lugar Constitucionalmente Demarcado**. Revista de Informação Legislativa – RIL, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-117, jul-set 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>. Acesso em: 02 out. 2023.

CUNHA, Rogério S. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 3. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

FIGUEIREDO, Daniel. **Imparcialidade judicial: o que significa na prática?** 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/imparcialidade-judicial/>. Acesso em: 19 out. 2023.

GRECO, Rogério. **Custo de direito penal**: volume 1: parte geral: arts. 1.º a 120 do Código Penal. 24. Ed. Barueri São Paulo: Atlas, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo R. **Curso de direito penal: parte geral**. v.1. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN 9786553623118. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553623118/>. Acesso em: 07 out. 2023.

GUEDES, Néviton. O direito de ser bem acusado, ou nem tudo pode numa acusação. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, [s. l], v. 29, n. 7/8, p. 78-80, jul;/ago. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/113255>. Acesso em: 20 out. 2023.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**: volume único. São Paulo: JusPodivm, 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJus, 2022.

MARCÃO, Renato F. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. ISBN 9786555594485. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594485/>. Acesso em: 07 out. 2023.

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. ISBN 9788553601813. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601813/>. Acesso em: 18 out. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. ISBN 9786559643691. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559643691/>. Acesso em: 20 set. 2023.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **El bien jurídico en el derecho penal**. Sevilla: Universidad Sevilla, 1974.

SANTOS, Saulo Romero Cavalcante dos. **Sistema processual penal brasileiro**: O Código de Processo Penal de 1941 e o modelo constitucional. Revista JusNavigandi. Teresina: 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12416/sistema-processual-penal-brasileiro>. Acesso em: 27 out. 2023.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia** [livro eletrônico]. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SOUZA, Renee do Ó. **Comentários ao novo crime de Violência Institucional** – art. 15-A da Lei 13.869/2019. 2022. Disponível em: <https://encurtador.com.br/Yu4gE>. Acesso em: 31 out. 2023.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: [https://www.assindelp.org.br/files/conteudo\\_arquivo/12025/curso-de-processopenal---euge-770nio-pacelli---2017-1.pdf](https://www.assindelp.org.br/files/conteudo_arquivo/12025/curso-de-processopenal---euge-770nio-pacelli---2017-1.pdf). Acesso em: 19 set. 2023.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2023.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Vol. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Branch, 2020.

TAQUETTE, Stella. **Mulher adolescente/jovem em situação de violência**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. Disponível em: [https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-43639/mulher-adolescentejovem-em-situacao-de-violencia#google\\_vignette](https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-43639/mulher-adolescentejovem-em-situacao-de-violencia#google_vignette). Acesso em: 7 dez. 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 4. São Paulo: Saraiva, 2012.



## POSFÁCIO

*A pesquisa jurídica, essencial como mecanismo de produção e obtenção de conhecimento no campo do direito, desempenha um papel fundamental na prática advocatícia de profissionais e no desenvolvimento de estudantes. Seu objetivo principal é facilitar a argumentação jurídica, democratizar o acesso ao direito e proporcionar à sociedade informações claras e verídicas.*

Esta é primeira obra, de muitas que surgirão, sendo fruto do Curso de Direito da Unoesc Videira, representando o livro uma vasta coletânea de artigos de produção dos acadêmicos, daqueles alunos que vieram a desenvolver seus Trabalhos de Conclusão de Curso, e assim ensejaram novos horizontes para a construção (continuada) dos projetos de pesquisas do curso e das preocupações com a contemporaneidade de temas, refletindo o Corpo Docente ativo/responsivo e atualizado, e além disso, preocupado tanto com a pesquisa de qualidade quanto com aspectos práticos.

Reitere-se, que o NDE, Coordenação do Curso de Direito da Unoesc Videira, contando com os seus docentes e discentes, realmente preocupam-se em garantir o necessário desenvolvimento jurídico e científico dos alunos cursantes do curso e de seus egressos, apresentando-se como um importante marco jurídico voltado às complexidades sociais do mundo pós-moderno e, em especial (a nível local) o desenvolvimento regional.

Frente à isso, a obra é estruturada com os pensamentos construídos pelo corpo discente e docente do Curso de Direito da Unoesc Videira em uma sólida parceria com os grupos de pesquisa, o que acaba por influenciar o constante e dinâmico desenvolvimento científico de pesquisas, que assim vieram a permear uma colaboração profícua da rede internacional

Nexus Scientia, realidade que contempla textos acadêmicos de qualidade científica que foram submetidos à banca de Graduação, expediente fruto de uma caminhada oportunizada pelos componentes curriculares de Metodologia da Pesquisa, TC I e TC II.

Para a presente coletânea foram selecionados trabalhos que contemplam as mais diversas temáticas, sempre com o olhar voltado a pesquisa e a prática jurídica, demonstrando o comprometimento acadêmico com a missão e os valores que norteiam a UNOESC que é comunitária e filantrópica, projetando-se ao desenvolvimento regional e ao impacto social.

Agradecemos todos pela confiança no que toca a organização deste livro em sua primeira edição e também aos autores e coautores que fizeram parte desta obra, e logo traremos mais novidades.

Dos organizadores.

Entre meados e fins do verão de 2024,

Videira – SC.

Claudio Luiz Orço

Cesar Marció