

## Organizadores

Giana Lisa Zanardo Sartori  
José Plínio Rigotti  
Alessandra Regina Biasus  
Andréa Mignoni  
Andrey Henrique Andreolla  
Caroline Isabela Capelesso Ceni  
Luciano Alves dos Santos  
Valter Augusto Kaminski  
Vera Maria Calegari Detoni  
Viviane Bortolini Giacomazzi

# Direito Contemporâneo em Debate: Temas Multidisciplinares Nacionais e Internacionais



Curso de Direito

GIANA LISA ZANARDO SARTORI  
JOSÉ PLÍNIO RIGOTTI  
ALESSANDRA REGINA BIASUS  
ANDRÉA MIGNONI  
ANDREY HENRIQUE ANDREOLLA  
CAROLINE ISABELA CAPELESSO CENI  
LUCIANO ALVES DOS SANTOS  
VALTER AUGUSTO KAMINSKI  
VERA MARIA CALEGARI DETONI  
VIVIANE BORTOLINI GIACOMAZZI  
(Organizadores)

**DIREITO  
CONTEMPORÂNEO  
EM DEBATE:**  
Temas Multidisciplinares Nacionais e Internacionais

**ERECHIM  
2022**

Todos os direitos reservados à EDIFAPES.

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma e por qualquer meio mecânico ou eletrônico, inclusive através de fotocópias e de gravações, sem a expressa permissão dos autores. Os dados e a completude das referências são de inteira e única responsabilidade dos autores.

Depósito Legal de acordo com a Lei 14/12/2004

Editoração/Diagramação: EdiFAPES

Revisão: Autores

Capa: (Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos /URI Erechim)

### **Conselho Editorial:**

Adilson Luis Stankiewicz (URI / Erechim/RS) – Presidente

Arnaldo Nogaro (URI / Erechim/RS)

Cláudia Petry (UPF / Passo Fundo/RS)

Elcemina Lucia Balvedi Pagliosa (URI / Erechim/RS)

Elisabete Maria Zanin (URI /Erechim/RS)

Jadir Camargo Lemos (UFSM / Santa Maria/RS)

Maria Elaine Trevisan (UFSM / Santa Maria/RS)

Michèle Satto (IFMT Cuiabá/MT)

Neila Tonin Agranionih (UFPR / Curitiba/PR)

Sérgio Bigolin (URI / Erechim/RS)

Yuri Tavares Rocha (USP / São Paulo/SP)

D598 Direito contemporâneo em debate [recurso eletrônico] : temas multidisciplinares nacionais e internacionais / organização Giana Lisa Zanardo Sartori ... [et al].  
– Erechim, RS: EdiFAPES, 2022.  
1 recurso online

ISBN 978-65-88528-40-2.

Acesso: <http://www.uricer.edu.br/edifapes>  
Editora EdiFAPES (acesso em: 20 set. 2022)

1. Direito penal 2. Direito de empresa 3. Multiparentalidade 4.  
Educação digital I. Sartori, Giana Lisa Zanardo

C.D.U.: 34

Catálogo na fonte: bibliotecária Sandra Milbrath CRB 1012/78



**EDIFAPES**

Livraria e Editora  
Erechim/RS

# Sumário

A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE RÉU REINCIDENTE: ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.....	7
Ana Carolina Soares Lipniarski.....	7
A MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR.....	28
Caroline Isabela Capelesso Ceni .....	28
Giana Lisa Zanardo Sartori.....	28
VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: REVITIMIZAÇÃO E SILENCIAMENTO DAS VÍTIMAS .....	43
Daiana Cerutti.....	43
Diana Casarin Zanatta.....	43
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COM FILHOS MENORES DE IDADE: A EXPOSIÇÃO DO FILHO À VIOLÊNCIA, A POSSIBILIDADE DE PERDA DA GUARDA E A RESTAURAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS .....	64
Fernanda Sarginiski .....	64
Laura Kalinoski de Almeida.....	64
Diana Casarin Zanatta.....	64
A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE EXTRAJUDICIAL À LUZ DO PROVIMENTO Nº 83/2019 DO CNJ.....	85
Gabriela Somenzi.....	85
Giana Lisa Zanardo Sartori.....	85

OS CRIMES PATRIMONIAIS E AS IMUNIDADES NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA .....	110
Gabriele de Quadros .....	110
Diana Casarin Zanatta.....	110
HERANÇA DIGITAL: A SUCESSÃO DAS REDES SOCIAIS ..	127
Hérica da Silva Lése .....	127
Giana Lisa Zanardo Sartori.....	127
A LEI ANTICRIME E A PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA .....	144
Ianko Bombana Bernstein.....	144
Diana Casarin Zanatta.....	144
PARTICIPAÇÃO POPULAR E SOCIAL: UMA FORMA DE EFETIVAR DIREITOS E MINIMIZAR DESIGUALDADES DENTRO DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA .....	158
Simone Paula Vesoloski .....	158
Caroline Isabela Capelesso Ceni .....	158
A TEMPESTIVIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL E A SUA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO AO PREENCHIMENTO DO STANDARD PROBATÓRIO.....	176
Tariane Menegaz .....	176
Wilgner Gabriel Albuquerque .....	176

# Apresentação

O XXIX Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais em 2022 apresentou uma série de temas jurídicos de extrema importância, não só para os estudantes de Direito, professores e profissionais da área jurídica, mas também para a comunidade em geral.

A proposta do evento, desde a sua primeira edição, foi promover a interdisciplinaridade entre as mais diversas áreas do conhecimento. Para fortalecer ainda mais esses momentos de discussão mostrou-se essencial chegar a X Mostra Científica que teve como precursora a Professora Vera Maria Calegari Detoni que desde o início estimulou e fomentou a produção de diversos trabalhos de relevância acadêmica, científica e social ao longo desses anos.

Dando sequência aos anos anteriores o e-book que está sendo apresentado conta com 10 (dez) artigos, todos alinhados às linhas de pesquisa do Curso de Direito da URI Erechim. Os temas abordados transitam entre os mais diversos ramos do Direito, desde aspectos de Direito Penal que tratam do tão debatido Princípio da Insignificância, da violência institucional e também da violência doméstica, da prisão preventiva na Lei Maria da Penha e da importante discussão a respeito do reconhecimento de pessoas no processo penal.

As discussões perpassam também pela solução de conflitos no que tange a mediação na área da saúde, o reconhecimento da multiparentalidade extrajudicial e temas que abarcam aspectos tecnológicos que influenciam a área jurídica como a herança digital, perpassando por questões que debatem o Estado Democrático de Direito a partir de reflexões sobre a participação popular.

Os pesquisadores estão de parabéns por proporcionarem aos leitores a possibilidade de reflexão, de análises críticas e de fortalecer e aprofundar seus conhecimentos. O Curso de Direito da URI Erechim, mais uma vez cumpre com a missão e objetivos junto à comunidade, comprovando que ensino, pesquisa e extensão são os pilares desta universidade que tem na sua essência a característica de ser comunitária!

Erechim, dezembro de 2022

Profa. Dra. Giana Lisa Zanardo Sartori  
Coordenadora da IX Mostra Científica

# A (IN)APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM CASOS DE RÉU REINCIDENTE: ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS<sup>1</sup>

Ana Carolina Soares Lipniarski<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho desenvolveu-se baseando-se no princípio da insignificância no ordenamento jurídico brasileiro, devido a sua (in) aplicabilidade a réus reincidentes, através da análise de jurisprudências brasileiras. O método de estudo utilizado é o indutivo, que se fez através de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais. Restou-se evidenciado, no final, que não há uma resposta correta para a aplicação ou não do problema, visto as divergências doutrinárias e de decisões sobre o assunto, onde deve analisar cada caso concreto de forma singular, e não de forma genérica e universal.

**Palavras-chave:** Princípio da insignificância. Réu reincidente. Bagatela.

## 1 INTRODUÇÃO

O termo princípio advém do latim *principium*, que significa “origem”, “causa próxima”, ou “início” (FERREIRA, 1999). Sendo

---

<sup>1</sup> O trabalho teve como orientador o Professor universitário Andrey Henrique Andreolla. Professor universitário. Mestre em Ciências Criminais. Especialista em Advocacia no Direito Digital e Proteção de Dados. Conselheiro da OAB/RS Subseção de Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado (andreyandreolla@uricer.edu.br).

<sup>2</sup> Acadêmica do 6º semestre do curso de Direito, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus de Erechim (097179@aluno.uricer.edu.br).

assim, princípios podem ser considerados um conjunto de normas a serem seguidas pela sociedade no Estado Democrático de Direito. Reale (2003, p. 37) afirma que “Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas”.

Os princípios são norteadores de condutas a serem seguidas pelo ordenamento jurídico, quando relacionam-se ao direito, principalmente na esfera Penal, Civil e Constitucional. No entanto, a violação dos princípios não deve ser ignorada pelo sistema judiciário, conforme disserta Mello (2002, p. 808):

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...) porque representa insurgência contra todo o sistema subversão de seus valores fundamentais.

No direito penal, os princípios podem tanto conflitar-se quanto relacionar-se entre si, dessa forma, quando houverem conflitos utilizar-se-á o método da ponderação<sup>1</sup>, visto que não há hierarquia e ou, muito menos, submissão entre eles. Os princípios estão pré-estabelecidos de forma intrínseca no Código Penal, quais sejam, princípio da Legalidade, princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, princípio da intervenção mínima, princípio da ofensividade,

---

<sup>1</sup> A ponderação consiste no método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei maior, onde se busca alcançar um ponto em que a restrição a cada um dos bens jurídicos de estatura constitucional envolvidos seja a menor possível, na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto (SARMENTO, 2003). Na ponderação de princípios, Robert Alexy (1993) criou a Lei de Colisão, e diz caracteriza esta por ser “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (1993, p. 194). Desse modo, o método de ponderação busca evidenciar qual princípio deve prevalecer quando aplicado ao caso concreto.

princípio da responsabilidade pessoal do agente, princípio da culpabilidade, princípio da adequação social, princípio da humanidade da pena, e por fim, o objeto de estudo do referido trabalho, o princípio da insignificância ou bagatela.

Em que pese todos os princípios tenham demasiada importância no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho possui como objeto de pesquisa, singularmente, o princípio da insignificância, atrelado a aplicabilidade em casos onde o réu for reincidente, uma vez que há doutrinas e jurisprudências que divergem a respeito do tema.

Desta forma, este é o enfoque que orienta o trabalho que se segue, sendo este organizado de maneira a proporcionar o melhor entendimento e compreensão do leitor. Em um primeiro momento, tem-se a contextualização histórica, conceito a partir de doutrinadores e requisitos estipulados pelo entendimento jurisprudencial. A seguir, há o ponto central do referido artigo, onde tem-se a exposição do objeto de pesquisa, desenvolvendo-se a partir de doutrinas e jurisprudências, sejam elas contra ou a favor da aplicação. Por fim, perfazem-se as críticas a partir da conclusão obtida no decorrer de todo o escopo desenvolvido e exposto.

Ademais, o método utilizado é o indutivo, que se se fez através de pesquisas bibliográficas, documentais e jurisprudenciais.

## **2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: CONTEXTO HISTÓRICO E CONCEITUALIZAÇÃO**

Há diversas teorias quanto à origem do princípio da insignificância, no entanto, as que sobressaem dizem respeito ao direito romano. Para justificar o surgimento deste princípio na Roma Antiga, utiliza-se a expressão *mínima non curat pretor*, que traduzido para a língua portuguesa significa, em tese, que “o pretor (o

responsável pela aplicação da lei), não cuida de minudências” (MASSON, 2014, p. 74).

Já Silva (2011) discorda desta corrente, uma vez que expõem que o direito romano se desenvolveu pelo direito privado cível, sendo incoerente o surgimento da bagatela na Roma Antiga. Sendo assim, o autor estabelece que o princípio da insignificância emergiu durante o período do iluminismo, como uma forma de garantir o arbítrio perante o sistema monárquico absolutista.

Contudo, foi mencionado pela primeira vez, de forma teórica e científica, pelo autor Roxin, em 1964, na Alemanha, ao introduzir o princípio da insignificância como uma regra para aplicação da lei e excluir crimes insignificantes para o ordenamento jurídico. O doutrinador Capez (2011, p. 209) expõe que:

[...] originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecimento brocardo de *minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal.

No Brasil, o princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez em 1988 pelo Supremo Tribunal Federal, em um caso de acidente de trânsito, no qual os danos foram mínimos, conforme enxerto da ementa jurisprudencial a seguir:

EMENTA: Acidente de trânsito. Lesão Corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da Insignificância. Crime não configurado. Se a lesão corporal (pequena equimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos – e outra prova não seria possível fazer-se tempos depois – há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as varas criminais, geralmente tão oneradas. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, com o contexto histórico elucidado anteriormente, torna-se fácil identificar o princípio da insignificância nos casos de menor lesão jurídica ao ordenamento, sendo condutas irrelevantes e de mínima significância ao sistema.

Rodrigues (2012, p. 750) conceitua o princípio da insignificância como “fatos que embora atendam à todas as condições de antijuridicidade e culpabilidade, dada a mínima ou nenhuma lesão a bem jurídico tutelado, obstam a atuação do Estado e seu aparato, pois a pena aplicada, proporcional e razoável não cumprirá sua finalidade de ressocialização.” O autor (2010, p. 35) justifica que “Não há crime se a lesão ao bem jurídico alheio for pequena, insignificante e irrelevante, nestes casos o fato deverá ser considerado atípico.”. Em outras palavras, é uma conduta tão irrelevante que não necessita de julgamento ou intervenção penal (GOMES, 2010). Cunha (2013, p. 68) disserta:

Ainda que o legislador crie tipos penais incriminadores poderão ocorrer situações em que a ofensa no caso concreto seja diminuta, ou seja, não sendo capaz de atingir materialmente e de forma relevante e intolerável o bem jurídico protegido. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina “crime de bagatela”, situação em que analisados os requisitos, ocorrerá a aplicação do princípio da insignificância.

Evidencia-se que uma vez verificada a insignificância da conduta, exclui-se a tipicidade da ação, e, conseqüentemente, não se engloba no conceito “crime”, pois para uma conduta ser caracterizada como crime, obrigatoriamente, ela necessita de três elementos: ação típica, antijurídica e agente culpável. Masson (2014) afirma que o princípio da insignificância tem força suficiente para descaracterizar a própria tipicidade penal, inclusive para a concessão de ofício de HC pelo poder judiciário.

O princípio da insignificância não está previsto no Código Penal, no entanto, em 2012, a bagatela foi inserida no Projeto de Lei do Senado nº 236/2012. Todavia, essa inserção dividiu opiniões na Comissão Especial Interna do SF para analisar o projeto de lei, e,

sendo assim, frisa-se o exposto por Reale Júnior (2012, p. 7-8) na reunião:

O princípio da insignificância é algo que foi construído pela doutrina, não precisa estar regulado no Código Penal. E está regulado errado. Traduz-se aqui, no princípio da insignificância, o que consta de um acórdão do Ministro Celso de Mello e se coloca a insignificância como causa de exclusão do crime. Não é causa de exclusão do crime, a doutrina majoritariamente estabelece que insignificância é caso de atipicidade, é o furto da manteiga. Ao mesmo tempo, fala-se que existem três critérios para exclusão do fato. Inclusive, o Ministério Público terá que denunciar, para que se reconheça a causa de exclusão do crime, quando não deveria, sequer, denunciar o furto de manteiga, porque é fato atípico. Isso não precisa estar no Código.

Nesse contexto, visto que não há positivismo para o princípio, e a fim de limitar a aplicação da bagatela, o STJ fixou as súmulas 589, 599 e 606, quais sejam:

Súmula 589, STJ: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. (BRASIL, 2017)

Súmula 599, STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. (BRASIL, 2017)

Súmula 606, STJ: Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei n. 9.472/1997. (BRASIL 2018).

Entretanto, apesar de não haver previsão do Código a respeito do princípio da insignificância, percebe-se que há suporte doutrinário e jurisprudencial suficiente para justificar sua aplicação em casos concretos.

## 2.1 Requisitos para aplicação do Princípio da Insignificância

O Supremo Tribunal Federal, com o objetivo central de identificar o princípio da insignificância nas lesões, elencou alguns requisitos mínimos e obrigatórios para a aplicação da insignificância nos casos concretos.

Dessa forma, tornaram-se requisitos básicos para concretizar a utilização do princípio da insignificância: I) mínima ofensividade da conduta; II) ausência de periculosidade social da ação; III) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e IV) a inexpressividade da lesão jurídica. Tais critérios restaram determinados na jurisprudência em questão:

Ementa: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no

reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR"- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (BRASIL, 2004)

Ademais, com a finalidade comprovar as afirmações citadas anteriormente e sua devida utilização, faz-se imprescritível colacionar jurisprudências comprobatórias, conforme segue:

Ementa: Apelação criminal. Furto tentado. Absolvição. Princípio da insignificância. Recurso do Ministério Público rejeitado. Mínima ofensividade da conduta do agente. Recurso conhecido e desprovido. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou os seguintes pressupostos para a incidência do princípio da bagatela, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (PARANÁ, 2012)

Ressalta-se, ainda, que a procedência dos requisitos é cumulativa, ou seja, é necessário a existência dos quatro elementos já citados para a plena utilização do princípio da insignificância.

Ementa: Apelação criminal. Furto noturno qualificado. Princípio da insignificância. Requisitos não preenchidos. Não aplicabilidade. Condenação mantida. **I- A aplicação do princípio da insignificância reclama o preenchimento dos requisitos**

**comumente apontados pela doutrina e jurisprudência, os quais são cumulativos.** II - A reiteração criminoso do acusado obsta a aplicação do princípio da insignificância, sob pena de estimular a prática renovada de pequenos delitos. V.V. Por deixar vestígios, para a incidência da qualificadora prevista no artigo 155, II, do Código Penal, é necessária a comprovação da escalada por laudo pericial. A prova testemunhal só poderá suprir a ausência do exame de corpo de delito quando os vestígios estiverem desaparecidos sob pena de violação ao artigo 167, do Código de Processo Penal. (MINAS GERAIS, 2017) (*grifo nosso*)

Contudo, Gomes (2010), expõem que, apesar dos requisitos estarem fixados pelo STF, deve-se analisar cada caso concreto de forma única. Percebe-se, então, que as decisões dos magistrados podem diferir-se, tendo como base a aplicação ou não dos princípios.

### **3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA APLICADO NO INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA**

Segundo definição doutrinária, reincidência “significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime”. (JESUS, 2013, p. 611).

A reincidência está prevista no artigo 63 do Código Penal, o qual preceitua que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Desta forma, percebe-se que além da existência de novo crime, de mesma ou diferente espécie, é necessário haver o trânsito em julgado da sentença, pois ao contrário, leciona-se o princípio da presunção de inocência, entabulado na Constituição Federal, conforme registro à seguir:

**Art. 5º:** 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:

**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

À luz disto, destaca-se o pensamento de Gilmar Mendes (2009, p. 678), ao afirmar que: "A constituição estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória [...], consagrando o princípio da presunção de inocência".

Masson (2019) elenca que para a caracterização da reincidência são necessários três elementos: I) uma conduta delituosa; II) a condenação com trânsito em julgado deste crime; e III) a prática de um novo crime. Ademais frisa-se outro requisito estabelecido no art. 64, I, do Código Penal: "Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação" (BRASIL, 1940).

No entanto, não exige-se o cumprimento integral da sanção penal anterior, bastando apenas a sanção penal irrevogável, mas devendo esta ser considerada para parâmetros de reincidência apenas uma única vez na dosimetria da pena (PRADO; CARVALHO, 2014).

Dada comprovação do instituto da reincidência, Costa Júnior (2010, p. 619) elenca a rigorosa lista de efeitos da condenação:

- 1) agrava a pena, em quantidade indeterminada; 2) configura um das circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes e atenuantes; 3) impede a concessão da suspensão condicional da pena, se o crime for doloso; 4) obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou pecuniária; 5) impede que o regime inicial do cumprimento da pena seja aberto ou semiaberto, a menos que se trate de pena detentiva; 6) se dolosa, aumenta o prazo de cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional; 7) aumenta de um terço o prazo prescricional da pretensão executória; 8) acarreta a revogação

obrigatória do sursis em condenação por crime doloso, facultativa se o crime for culposo ou por contravenção; 9) revogação obrigatória do livramento condicional sobrevivendo condenação a pena privativa de liberdade e, facultativa, em caso de crime ou contravenção, quando não aplicada; 10) revogação da reabilitação, quando sobrevier condenação diversa da pecuniária; 11) impede o reconhecimento de certas causas de diminuição de pena ; 12) interrompe a prescrição); 13) [...], aumenta de 2/5 para 3/5 o período de cumprimento da pena para progressão de regime prisional, no caso de condenação pela prática de crimes hediondos.

O autor, ainda, defende o aumento da pena pela reincidência e afirma que “justifica-se a exacerbação da pena, pois no novo episódio delinquencial vem a ser gravemente ofendida a autoridade da lei e o prestígio do Estado” (2010, p. 253).

Há, por outro lado, corrente diversa, a qual doutrinadores dissertam ser necessária a abolição do aumento da pena por crimes anteriores, como Vitali (2011, p. 117), que afirma que “ela violenta abertamente o princípio da culpabilidade pelo fato, e por isso, resulta contrária aos princípios consagrados nas normas fundamentais”. Zaffaroni (2007) diz que ao invés de julgar o ato cometido pelo indivíduo, julga-se o próprio indivíduo pelo que ele é. E ainda, Zaffaroni (2001, p. 837) disserta que:

Não é possível que o Estado presume possuir a conduta do autor um maior conteúdo de injusto, por demonstrar um desprezo para com a autoridade estatal, com a prática de uma nova infração depois de uma condenação, quando, anteriormente, foi esse mesmo Estado e o mesmo sistema penal que atuaram de forma a condicionar a pessoa para isso.

Apesar de ser moderna, esta corrente vem crescendo gradativamente, uma vez que ela afasta o ideal de que a ressocialização da pena e o direito ao esquecimento sejam apenas mitos, principalmente na vulnerabilidade em que se encontra o país.

### 3.1 O réu reincidente frente o princípio da insignificância: análise de julgados por Tribunais Superiores

O princípio da insignificância atrelado ao réu reincidente traz diversos conflitos de pensamentos entre doutrinadores. Por um lado, há defensores de que a reincidência não é suficiente para impedir a aplicação do princípio da insignificância, enquanto de outro, há teses contra a sua utilização e que suportam o ideal de não aplicação do princípio em discussão.

Inicia-se, portanto, com a tese contrária a aplicabilidade suportada por Nucci (2017), o qual afirma que uma vez banalizada e com aval do judiciário, o reincidente, apesar do crime ser conceituado como bagatela, cometerá novamente os delitos, uma vez que não houve punição, e que ao somar todos essas condutas, tem-se um dano catastrófico para a sociedade. Nesse viés, há decisões do próprio STF que fundamentaram-se na reincidência como justificativa para a não aplicação do princípio da insignificância, conforme ementa citada:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação, de forma concomitante, de certos requisitos, quais sejam, conduta minimamente ofensiva, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva. II – **No caso sob exame, a conduta do paciente não pode ser considerada minimamente ofensiva, pois, além de apresentar elevado grau de reprovabilidade, por ser contumaz na prática incriminada, verifica-se que ele é reincidente.** III – Ademais, infere-se dos autos que o paciente dá mostras de fazer das práticas criminosas o seu modus vivendi. IV – Na espécie, a aplicação do referido instituto poderia significar um verdadeiro estímulo à prática desses pequenos delitos, já bastante comuns nos dias atuais, o que contribuiria para aumentar,

ainda mais, o clima de insegurança hoje vivido pela coletividade. V – Ordem denegada. (BRASIL, 2014) (grifo nosso)

A jurisprudência elencada refere-se ao caso onde foi afastado o princípio da insignificância, devido a ré ser reincidente, no entanto, o bem furtado era no valor de R \$98,00 (noventa e oito reais). Sendo assim, não foi julgada a conduta do agente, mas sim sua vida pregressa, a qual afastou o direito à aplicabilidade da bagatela.

Ainda, cita-se a sentença entabulada no Habeas Corpus 557.194, proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em 04 de fevereiro de 2020, a qual inviabilizou o princípio da insignificância, quando sustentou-se na sua tese que, apesar do réu ter furtado um rádio de valor mínimo, o mesmo tinha 8 (oito) condenações transitadas em julgada, destacando a reprovabilidade de comportamento do condenado (MATO GROSSO DO SUL, 2020).

É de suma importância, também, destacar a decisão a seguir proferida pelo STJ, no AgRg no AREsp 1622077/SP, vedando a utilização da bagatela:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉU REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve-se levar em consideração a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. **Não há falar na aplicação do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reincidente, tal como na hipótese.** Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.”. (BRASIL, 2020) (grifo nosso).

Em que pese tais decisões tenham sido proferidas por egrégias câmaras de julgamento, Capez (2017), traz à tona um pensamento que merece ser mencionado, ao associar este tema com a tese do princípio da legalidade, o qual não admite, em caso algum, a imposição de pena

superior ou distinta da prevista e assinalada para o crime e que a agravação da punição, pela reincidência, fazendo com que o delito anterior surta efeitos jurídicos duas vezes.

Importante destacar que, contrariando as decisões dos tribunais citadas anteriormente, e fundamentando-se no pensamento de Franco, ao findar-se no julgamento de um agente por sua conduta passada, pode-se pensar que ocorre a vedação do direito ao *bis in idem*, o qual está previsto no artigo 17 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, qual seja, “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

Nesse compasso, emerge o outro lado, onde luta-se pela aplicação do princípio da insignificância, independentemente se o réu for reincidente ou não. Para o desenvolvimento da referida tese, apesar de mais enfraquecida, faz-se imprescindível narrar o fato ocorrido recentemente, conforme segue: no Distrito Federal, em 2018, um homem foi detido e preso por furtar carne de um supermercado. A peça furtada foi avaliada em R \$58,00 (cinquenta e oito reais).

A defensoria pública entrou com um recurso de apelação, o qual foi negado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Posteriormente, o Supremo Tribunal de Justiça negou Habeas Corpus (HC) para o condenado, que se frisa, já havia cometido outros delitos anteriormente. Por fim, HC 210.198, então, apresentado ao STF, contou como relator o Ministro Gilmar Mendes e, contrariando as decisões anteriores, o relator absolveu o réu, visto que a conduta detinha todos os cinco requisitos, já expostos anteriormente, para a caracterização e aplicação da bagatela (BRASIL, 2013).

Nesse viés, a ministra Rosa Weber, no HC 176.564/SP, também resolveu por absolver o réu que havia furtado um conjunto de panela de R\$ 100,00 (cem reais), reconhecendo a atipicidade material, sustentando que o fato do réu ser reincidente não impede a aplicação da bagatela (BRASIL, 2021).

Para tanto, percebe-se a partir da análise do desenvolvimento do presente tópico, que cada caso deve ser analisado de acordo com suas peculiaridades, visto que não há uma decisão unânime a respeito do tema, conforme disserta o ministro Felix Fischer no AResp 1.712.879:

É assente, ainda, o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a reincidência, os maus antecedentes, via de regra, afastam a incidência do princípio da bagatela. Urge ressaltar, contudo, que tais vetores não devem ser analisados de forma isolada, porquanto não constituem diretrizes absolutas. (BRASIL, 2018)

Verifica-se que, apesar do Superior Tribunal de Justiça vedar na grande maioria a aplicação do princípio da insignificância, o Superior Tribunal Federal mostra-se mais flexível quanto ao tema, permitindo a aplicação, a depender da análise do caso concreto, como demonstrou-se no decorrer do presente tópico com as jurisprudências colacionadas.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No decorrer do presente artigo, percebe-se que não há uma regra máxima a ser seguida; há, sim, um princípio, com conceito e requisitos, no entanto, quando o relacionamos a reincidência, não há uma lei majoritária que proíba sua aplicação ou não. Restou evidente, também, que, tanto a jurisprudência quanto a doutrina, divergem a respeito do objeto de pesquisa deste trabalho, abrindo diversos vieses e permitindo diferentes interpretações.

Verifica-se que, apesar do Superior Tribunal de Justiça vedar na grande maioria a aplicação do princípio da insignificância - e permita-se ressaltar que perfaz isto com argumentos inconsistentes -,

o Superior Tribunal Federal mostra-se mais flexível quanto ao tema, permitindo a aplicação, a depender da análise do caso concreto, demonstrou-se com as jurisprudências comprobatórias.

Nada mais é, em uma análise crítica, um círculo vicioso, onde o Estado falha na ressocialização da pena e falha em seus próprios princípios, uma vez que o réu reincidente, ao cometer um crime insignificante, será julgado não por este crime, mas pela conduta anterior.

É notório que a maioria das pessoas que furtam comidas ou objetos insignificantes, são indivíduos em situação de extrema vulnerabilidade, o que, em partes, justifica a conjuntura social e econômica do Brasil. Wacquant (2012, p. 21) já dizia que, na dúvida entre os limites, o “Estado opta por criminalizar a pobreza a fim de os corpos que sujam a paisagem urbana sejam contidos”. Em que pese não se possa generalizar a observação do autor, há casos e casos, a crítica torna-se importante para a devida compreensão do que se discute no caso em tela.

Em um Estado democrático de direito, o fato criminoso anterior não deve ser um parâmetro para impedir a aplicação de um princípio tão fundamental na sociedade, pois além de tudo, há uma ofensa, não só ao direito, mas também à justiça.

## REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. V 94. Ed. São Paulo: Julgados do tribunal de alçada de São Paulo, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais, 1993**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

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

BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça, **AgRg no AREsp 1622077/SP**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 15 de junho de 2020.

BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça, **AResp 1.712.879/SP**, Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 22 de fevereiro de 2018.

BRASIL, DF. Superior Tribunal de Justiça, **HC 557.194**, Rel. Min. Jorge Mussi. Julgado em 18 de maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 589**: É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Diário de Justiça, Terceira Seção. Brasília/DF, 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27589%27> . Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 599**: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. Diário de Justiça, Corte Especial. Brasília/DF, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27599%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27599%27).sub). Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 606**: Não se aplica o princípio da insignificância aos casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência que caracterizam o fato típico previsto no artigo 183 da lei 9.472/97". Diário de Justiça: Terceira Seção. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27606%27> .Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **HC 84.412/SP**, Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 19/04/2004.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **HC 120.489/MG**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 10 de dezembro de 2013.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **HC 176.564/SP**, Rel. Min. Rosa Weber. Julgado em 28/01/2021.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **HC 210.198/MG**, Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 30/08/2013.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **RHC 66.869**, Rel. Min. Aldir Passarinho, 2ª Turma. Julgado em 06/12/1988.

BRASIL, DF. Supremo Tribunal Federal, **RHC 96376**, Rel. Min. Celso de Mello, 2º Turma. Julgado em 31/08/2010.

BRASIL, Minas Gerais. Tribunal de Justiça, **Apelação Criminal 0108110-92.2016.8.13.0035**, Rel. Alberto Deodato Neto, 1º Câmara Criminal. Julgado em 06/06/2017.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Decreto 592**, julho de 1992. Disponível : [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm) .Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL, Paraná. Tribunal de Justiça, **Acórdão 8853670/PR**, Rel. Des. Rafael V. de V. Pedroso, 5º Camara Criminal. Julgado em 08/11/2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. V.1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. v 3. São Paulo: Saraiva. 2017.

COSTA JR., Paulo José da. **Curso de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010/2011.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Salvador/BA: editora Juspodivm, 2013.

ESTEFAM, André, GONCALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JESUS, Damásio de, **Direito Penal parte geral**. 34. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1– 8. ed. rev., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (art. 1o a 120) – vol. 1.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme. **Curso de direito penal** - vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES, Cristiano. **Direito Penal**: Parte 1. São Paulo: Saraiva.

RODRIGUES, Luiz Gonzaga Goulart. O Princípio da Insignificância e os Crimes Contra a Ordem Tributária. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, SP, n. 106. 749. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67964>. Acesso em: 03 fev. 2022.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal** - Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

SENADO FEDERAL. Senador José Sarney. **Atividade legislativa. Projeto de lei do senado 236/2012**. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=115790&tp=1>. Acesso em: 05 fev. 2022.

SILVA, Ivan Luiz da. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. 2. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

# A MEDIAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UM DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR

Caroline Isabela Capelesso Ceni<sup>1</sup>

Giana Lisa Zanardo Sartori<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 prescreve o direito à saúde como um direito fundamental social e, essa condição, permite o diálogo entre esse direito, juntamente com outro direito (também humano e fundamental) do acesso à justiça, uma vez que esse pode auxiliar na concretização daquele. Contudo, o que se depreende desde o início dos anos 2000 é a judicialização da saúde para concretização do direito à saúde, situação que – na maior parte das vezes – é morosa e gera insatisfação aos cidadãos e cidadãs, além de produzir um custo excessivo ao Estado. Nesse sentido, o presente estudo propõe o instituto da mediação como um mecanismo que permita a implementação do direito fundamental à saúde, de maneira célere, em

---

<sup>1</sup> Advogada. Delegada da CAA da OAB/RS, da Subseção de Erechim/RS. Professora universitária na URI, Campus de Erechim. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Santo Ângelo. Bolsista Taxa Capes. Pós-Graduada em Mediação, Conciliação e Arbitragem pela URI Campus de Erechim/RS. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UniDomBosco. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada, Campus de Erechim com a realização de um semestre na Università Degli Studi di Camerino, região do Marche, Itália. Bolsista de iniciação científica do Grupo das Ciências Sociais Aplicadas da URI Campus de Erechim.

<sup>2</sup> Graduada em Direito e especialização em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália (2013). Professora dos Cursos de Direito, Medicina, Fisioterapia e Arquitetura e Urbanismo da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Erechim. Mediadora Judicial formada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

respeito ao tempo e as necessidades da sociedade. Essas condições tornam-se possíveis, uma vez que a mediação permite que, antes do ingresso da demanda judicial, as partes dialoguem a respeito da situação que as envolve e, no tocante ao direito à saúde o alcance de medicamentos e exames, por exemplo, possa ser de maneira célere e com um menor custo envolvido. Assim, o objetivo deste trabalho é propor a mediação como um mecanismo alternativo e adequado à disposição do Estado para a concretização do direito à saúde. Para tanto, adota-se, como método de procedimento, a pesquisa bibliográfica em materiais publicados e, como método de abordagem, o dedutivo.

**Palavras-chave:** acesso à justiça, direito à saúde, direito fundamental social, estado constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde se constitui, a partir da Constituição Federal de 1988, como um direito social. Contudo, além de se constituir como um direito social é um direito humano fundamental devendo ser garantido, e efetivado, pelo Estado Democrático de Direito por meio de mecanismos institucionais diversos. É necessária a garantia de um sistema sanitário eficaz que possibilite meios de controle da utilização dos serviços, bem como promova uma gestão saudável das relações paciente-médico-Estado.

Nessa senda, a presente pesquisa objetiva analisar a mediação como alternativa à concretização do Direito à Saúde, com apoio nos ensinamentos das ciências da saúde e da ciência jurídica. Assim, a pesquisa questiona se a mediação pode ser utilizada na concretização do direito à saúde?

Para tanto, a pesquisa realiza uma breve análise do acesso à justiça e da morosidade do Poder Judiciário a fim de propor a mediação como ferramenta para a concretização do direito fundamental à saúde e também como uma alternativa a judicialização. Os benefícios serão apresentados a partir da explanação das atividades desenvolvidas pela Câmara Permanente Distrital de Mediação em

Saúde (Camedis) atuante no Distrito Federal. Para a pesquisa utilizou-se o método de raciocínio hipotético-dedutivo, com pesquisas bibliográficas e análise de dados.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

O direito à saúde, na contemporaneidade, assim como os demais direitos individuais e coletivos, tem-se caracterizado por uma tendência à judicialização para a sua concretização. Tal condição confirma a, frágil, compreensão de que a concretização dos direitos se dá apenas com o ingresso de ações junto ao Poder Judiciário, informação corroborada pelo estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a ‘Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências’. A judicialização do direito à saúde se concentra, especialmente, nos serviços ofertados pelo Estado, como o fornecimento de medicamentos, exames e também cobertura para tratamento de diversas doenças.

O Direito à Saúde faz parte do rol de Direitos Fundamentais e sua configuração como Direito Fundamental, esse fato aparenta já estar pacificado e ser de conhecimento de todos, por estar positivado nas Constituições, porém ainda promove controvérsias. (SARTORI, 2021)

O Direito Fundamental à Saúde produz diversos questionamentos, muitas produções na doutrina e jurisprudência especialmente no que tange à “possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos diretamente embasados na Constituição” como destaca Sarlet (2010, p. 130).

O que se percebe é que a todo momento, é preciso lembrar e relembrar que a inclusão dos Direitos Humanos nas Declarações Universais e, depois, nas Constituições dos Estados, foi um dos primeiros passos para o reconhecimento de diversos Direitos como

Fundamentais e sua concretização junto às pessoas que são os destinatários das normas. Então não haveria que se falar em dificuldade para reconhecer importantes direitos.

Ao se tratar de Direito Fundamental à Saúde (direito de todos a desfrutarem do mais elevado nível possível de saúde física e mental) conforme Hunt e Khosla (2008), essa categoria possui como atributos: a prevenção, o tratamento e o controle das enfermidades e, segundo eles o acesso a medicamentos seria um importante componente do Direito à Saúde.

Nesse sentido mesmo que as políticas dos governos apresentem problemas relacionados ao alto custo com saúde pública, não cabe ao se referir o Direito à Saúde, pois sua condição não permite, uma vez que está se tratando de direito fundamental social, existem obrigações que não podem estar sujeitas as restrições, principalmente as de cunho orçamentários.

Assim, em virtude da crescente judicialização das demandas envolvendo o Direito à Saúde, aliado a morosidade do Poder Judiciário e problemas na execução e prestação pelo poder público, dos meios para efetivar o referido direito, outras possibilidades tem surgido para amenizar e viabilizar o acesso ao Direito à Saúde, como os meios autocompositivos, alternativos e adequados de tratamento e solução de conflitos como a mediação. O que pode ser um caminho para tentar amenizar as dificuldades que assolam esse Direito Fundamental Social.

### **3 ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL E SUA IMPLICÂNCIA NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

O acesso à justiça, na contemporaneidade, passou a ser compreendido como uma garantia de efetivação dos direitos. Nessa

perspectiva, tem-se que esse deve ser ofertado de maneira ampla e não apenas como a possibilidade de ingresso com demandas junto ao Poder Judiciário. Em razão disso, o acesso à justiça, especialmente a partir da década de 70, vem sendo discutido de maneira interdisciplinar na área jurídica.

Para a presente pesquisa interessa a elucidação das novas formas de acesso à justiça, uma vez que conforme se confirma a partir dos estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça a atividade jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário nem sempre atende aos pleitos da maneira mais adequada. Tal condição é agravada com a morosidade do Poder Judiciário, com o alto custo de um processo judicial, bem como com a dificuldade na manutenção das relações entre as partes conflitantes.

Tal condição se confirma, a partir do estudo de Cappelletti e Garth (1988), nos quais esses exprimem a compreensão de que tal direito pode ser concretizado por meio de três posições básicas, quais sejam a assistência jurídica aos menos favorecidos, a proteção aos direitos coletivos e difusos e, especialmente, a concretização de novas formas de acesso à justiça, de maneira mais compreensiva e adequada ao problema apresentado.

Tal situação decorre da insuficiência do Estado Social de Direito em garantir, a partir de políticas públicas e ações estatais, o direito à saúde. Nesse sentido, denota-se o envolvimento do direito à saúde com o acesso à justiça, uma vez que esse garante e efetiva aquele. O direito à saúde pode ser concretizado de forma ampla, a partir da garantia do acesso à justiça pelo Estado. Acesso esse que deve ocorrer, também, com ações do Estado que orientem e informem os direitos legais dos cidadãos e cidadãs.

De maneira inicial, o Direito e o sistema jurídico eram compreendidos apenas a partir do aspecto normativo-legal, negligenciando-se as pessoas envolvidas nessas contendas. Contudo, o acesso à justiça passou a ser objeto de atenção em razão das reformas do *welfare state*, especialmente – no contexto brasileiro – no que tange a concretização do direito fundamental à saúde previsto na

Constituição Federal de 1988. Assim, “o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11).

O estudo proposto por Cappelletti e Garth (1988) confirmou que existem diversas barreiras que impedem o acesso à justiça – e por consequência a concretização dos direitos – sendo essas de fator pessoal (desconhecimento do ordenamento jurídico), econômicas (o custo do acesso) e sociais (o quão afastado o Estado está dos cidadãos e cidadãs). Portanto, torna-se essencial a superação de tais limitações, especialmente aqueles impostas pelo excesso de formalismo, uma vez que o poder simbólico da justiça culmina por afastar as pessoas, seja em razão do ambiente do Poder Judiciário, das figuras tidas como opressoras, fazendo com que os litigantes se sintam estranhos no papel de demandantes, mesmo que para a efetivação de seus direitos.

Diversos avanços ocorreram a fim de melhorar a assistência judiciária e, com isso, algumas barreiras foram transpostas. Já em 1950, no Brasil, à título de exemplo, é possível citar a Lei nº 1.060 que estabeleceu normas de assistência jurídica aos necessitados. Sendo, inclusive, um direito fundamental, nos termos do art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88, dispondo que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Além disso, não se pode deixar de mencionar a melhora ocorrida na representação dos interesses difusos, que culminou na “[...]reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais [...]” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49). Ela “se refere à pobreza organizada (povertà organizativa) e às reformas necessárias à ruptura dessa tradicional postura individualista do processo civil [...]” (MORAIS, 1999, p. 90), situação que alterou o paradigma permitindo uma maior preocupação com o acesso à justiça, indo além do postulado formal.

Contudo, em razão do objeto do presente estudo, indica-se como principal elemento que ampliou – de maneira significativa – o

acesso à justiça os meios complementares de tratamento de conflitos. A concretização dos direitos, inclusive o direito fundamental à saúde, pode se dar por meio das chamadas *Alternative Dispute Resolution* (ADR). A ADR compreende uma variedade de mecanismos para o tratamento dos conflitos, indo além da compreensão legalista-judicial.

Especificamente na área da saúde confirma-se que a utilização desses mecanismos, em especial a mediação, traz vantagens como uma maior privacidade no curso do procedimento, a redução dos custos, a rapidez para se concretizar os resultados, a manutenção das relações (DARR, 1994) e a diminuição da judicialização de processos envolvendo o direito à saúde.

Nesse contexto de judicialização crescente de direitos sociais, algumas iniciativas têm sido buscadas e implementadas com a finalidade de diminuir o número de demandas envolvendo o tema, usando em especial alguma forma institucionalizada de mediação (RIBEIRO, 2018, p. 71).

Possibilita-se a eliminação dos obstáculos de acesso à justiça, uma vez que – considerando a complexidade das relações interpessoais, bem como dos direitos que a envolvem, especialmente na área da saúde – não se pode conceber o Estado, por meio do Poder Judiciário, como única alternativa a concretizar o acesso à justiça. Além do que, o Estado contemporâneo não detém o monopólio e distribuição do direito, “[...] sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante, ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos [...]” (SANTOS, 2000, p. 175-176).

Tais conjunturas ensejam que de maneira paralela à administração da justiça o Estado promova a criação de institutos que se organizem de modo a maximizar o acesso à justiça, a partir de “[...] soluções mediadas entre as partes [...]” (SANTOS, 2000, p. 176). Com o tratamento adequado dos conflitos e a participação direta dos cidadãos e cidadãs, é possível democratizar o acesso à justiça e concretizar o direito fundamental à saúde.

Armadans *et al.* (2009) elucidam que nas relações assistências de cuidado e trabalho é possível a aplicação de novas maneiras de entender a saúde, que podem ser compreendidas a partir das perspectivas do instituto da mediação. Quando aplicada no âmbito da saúde a mediação cria um espaço de diálogo cooperativo, e não mais de embate, pois essa pode ser tida como uma

[...] ação tomada por terceiros, entre pessoas ou grupos que consentem livremente, que participem e à qual a decisão final corresponda, visando fazer novas relações nascerem ou renascerem entre elas, a fim de prevenir ou curar relações perturbadas entre eles. Aplicado ao campo da saúde, trata-se de criar um espaço de diálogo cooperativo entre pessoas ou grupos para prevenir conflitos, criar pontes que melhorem a comunicação, gerenciem conflitos, transformem relações existentes, alcancem acordos extrajudiciais e encontrem soluções onde quer que o sistema falhe [...] (ARMADANS *et al.*, 2009, p. 2).

No que tange a concretização do direito fundamental à saúde, confirma-se que apesar de algumas implementações de políticas públicas por parte do Estado ainda é necessário que as pessoas recorrem ao Poder Judiciário para a implementação desses direitos. Contudo, o acesso à justiça é mais amplo do que apenas a possibilidade de ingresso com ações judiciais.

E, especialmente, no que tange ao acesso à justiça na efetivação do direito à saúde, denota-se uma tendência à judicialização. A partir de um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2015 – que objetivou analisar o panorama da judicialização da saúde – é preciso que se estimulem novos meios de concretização desse direito. A pesquisa elenca diversas medidas, mas dentre elas denota-se a importância de intensificar o espaço de diálogo institucional.

## 4 MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE ACESSO À JUSTIÇA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Insta, de maneira inicial, caracterizar e contextualizar a instituição da mediação dentro do ordenamento jurídico. O exposto até o momento confirma que o esforço para ampliação do acesso à justiça, de maneira efetiva e adequada, tem ocorrido por meio de ações do Estado como a instituição de políticas públicas que implementarem a mediação junto ao Poder Judiciário.

Contudo, antes disso a mediação já era amplamente utilizada, uma vez que não se trata de um instituto novo. Analisando-se a origem etimológica da palavra, vê-se que essa vem do latim e expressa a ideia de dividir ao meio, intervir. E, ao longo da trajetória humana, confirma-se diversos momentos no qual se utilizou a mediação, mesmo que sem essa nomenclatura.

Essa, mostra-se presente em várias culturas (judaicas, cristãs, islâmicas, budistas, indígenas) (MOORE, 1998). Também se encontram passagens na Bíblia, tendo-se que ela existia antes mesmo da história escrita, em um contexto amplo em que o terceiro imparcial servia a diversas funções (FALECK; TARTUCE, 2019). Na Bíblia, o Clero era estabelecido como intermediário/mediador entre a Congregação e Deus e seus fiéis, assim como a Igreja Católica no período da Renascença na Europa Ocidental, que era entendida como uma organização de mediação de conflitos da sociedade (MENDONÇA, 2006). Na China, por exemplo

[...] a mediação decorria diretamente da visão de Confúcio sobre a harmonia natural e a solução de problemas pela moral em vez da coerção; a sociedade chinesa focava então a abordagem conciliatória do conflito, o que persistiu ao longo dos séculos e se enraizou na cultura. No Japão, a conciliação foi, historicamente, o meio primário de resolução de conflitos entre os aldeões, que também atuavam como mediadores; o estilo japonês de negociação ainda se preocupa com a manutenção do relacionamento e é normalmente visto como um estilo puramente

conciliatório. Em uma negociação no mundo dos negócios, muito tempo é gasto construindo-se a relação, iniciativa sem a qual um acordo não é atingido (FALECK; TARTUCE, 2019, p. 4-5).

Conforme Mendonça (2006) cada povo tem seu modelo de mediação, o qual representa a sua realidade cultural e varia de acordo com os rituais e símbolos de cada um, mas a essência – desde o Velho Testamento – é a mesma. Mendonça (2006, p. 22) refere que “o Velho Testamento traz várias narrativas onde se pode identificar a solução de conflitos pela via da negociação direta e pela negociação mediada por um terceiro [...]”.

No Brasil algumas iniciativas têm sido buscadas a partir dos mecanismos ofertados pela ADR, especialmente com a utilização do instituto da mediação a fim de diminuir o número de demandas e dispensar um tratamento mais célere aos pleitos apresentados.

Assim, na contemporaneidade, esse instituto passou a ser objeto de estudo – e também de utilização – por diversas áreas. Nesse sentido, que se elenca a mediação na área da saúde como um instrumento hábil a permitir a concretização de diversos direitos fundamentais – como o próprio acesso à justiça que se caracteriza como tal – mas, especialmente o direito fundamental à saúde.

Um exemplo é a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis) que foi instituída em Fevereiro de 2013 pela Secretária de Estado de Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e a Defensoria Pública do Distrito Federal por meio de uma portaria. Tal ação é coordenada pela SES/DF e tem como missão “[...] buscar solução às demandas por serviços e produtos de saúde, com o intuito de evitar ações judiciais ou propor soluções para àquelas em trâmite” (PAIM; MARQUETO; LOPES, 2015, p. 5).

Assim, a partir da Camedis se realiza a mediação em demandas por serviços e produtos de saúde que são fornecidos pelo SUS (consultas, medicamentos e materiais) momento em que se insere o indivíduo nos serviços que são oferecidos pela Secretaria de Saúde (PAIM; MARQUETO; LOPES, 2015). Com a instituição de tal

ferramenta se confirmou que “[...] as mediações concretizadas pela Camedis são significativas, visto que correspondem a uma redução de 20% das ações judiciais” (PAIM; MARQUETO; LOPES, 2015, p. 8).

Com políticas de conscientização e diálogo com a sociedade civil –como essa promovida pelo Distrito Federal – é possível não apenas a redução do número de ingressos de ações junto ao Poder Judiciário e a economia aos cofres públicos. Contudo, o elemento mais importante é a possibilidade de que se dispensa um tratamento humanitário a ser dispensado aos usuários do Sistema Único de Saúde.

A experiência de Brasília se desenvolveu a partir de uma iniciativa do Comitê Distrital de Saúde. O Comitê foi criado a partir de uma resolução do CNJ, que estabeleceu a necessidade de as unidades da federação atuarem no monitoramento das demandas judiciais em saúde, além de proporem medidas concretas de aperfeiçoamento do Judiciário na efetivação desse direito. Nesse sentido, o Comitê fomentou e organizou a criação de uma estrutura que buscasse promover a conciliação pré-processual de demandas que envolvam insumos, produtos e serviços de saúde. Foi criada em 2013 a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis). A experiência da Camedis é fruto do trabalho de articulação institucional realizado no Comitê, que possibilitou a criação de um espaço de mediação para resolução extrajudicial de conflitos por meio de conciliação e mediação entre os cidadãos e os gestores do SUS (BRASIL, CNJ, 2015, p. 108).

Com a CAMEDIS se possibilita a criação de uma ação colaborativa, um “cotidiano colaborativo e compartilhado de efetivação do direito à saúde sob o pressuposto de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de maneira integrada e dialogada na efetivação do direito à saúde” (BRASIL, CNJ, 2015, p. 113). Essa é a perspectiva imbuída no próprio conceito de mediação, uma vez que essa possibilita que os envolvidos – mediandos – a partir do estímulo de um terceiro imparcial – mediador – exponham as situações vivências e busquem, juntos, a melhor solução.

Essa condição, no que pertine ao direito à saúde, permite que a demanda seja atendida sem a necessidade de ingresso com ações junto

ao Poder Judiciário, ocorrendo de maneira célere e em respeito ao direito de acesso à justiça, além da própria dignidade da pessoa humana. E, como no caso da CAMEDIS, é possível concretizar uma atuação conjunta do Estado, com outros órgãos. “[...] Nesse espaço de mediação, os usuários são representados pela Defensoria Pública, que assume o também o papel de mediadora do conflito com a Secretaria de Saúde” (BRASIL, CNJ, 2015, p. 118).

Apesar dessa possibilidade ensejada pela instituição da mediação, reforça-se que

[...] essa transformação que se espera da mediação como solução pacífica de conflitos e a conseqüente diminuição da judicialização da saúde não devem ser realizadas de forma generalizada, e muito menos desacompanhadas de criteriosa fiscalização por instituições de caráter imparcial e comprometidas com o acesso e a realização da justiça (RIBEIRO, 2018, p. 72).

Ou seja, não se pode conceber a utilização da mediação como prerrogativa para o descuido dos direitos sociais. Até porque a mediação não é a panaceia para todos os males, mas – em razão de suas características – tem exercido um papel essencial que enseja na proximidade da justiça para com os cidadãos e cidadãs, uma vez que “[...] confere um resultado mais eficiente tanto do ponto de vista do indivíduo como sob a perspectiva dos objetivos do direito social à saúde” (DINIZ, 2013, p. 482).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade a ideia de um acesso pleno à justiça deve se dar de maneira mais abrangente que apenas as soluções ofertadas no processo judicial. Essa conscientização leva em consideração a complexidade dos problemas individuais e coletivos e confirma a necessidade de pensar a saúde, bem como a efetivação dos

direitos, de maneira interdisciplinar, uma noção que a Bioética sempre buscou.

As soluções, construídas a partir do consenso, garantidas pela mediação efetivam o acesso à justiça e podem concretizar o ideal de uma sociedade formada por cidadãos autônomos. Tal autonomia é confirmada na construção dos acordos que se entabulam, como nas mediações realizadas pela Camedis, em que se concretiza o acesso à justiça de maneira conjunta com a efetivação do direito fundamental à saúde, tão importante e necessário, possibilitando que as pessoas que necessitam da saúde pública, realmente tenham assegurado esse Direito Fundamental Social que é a Saúde e consequentemente o Direito à Vida com Dignidade.

## REFERÊNCIAS

ARMADANS, Immaculada et al. La mediación en el ámbito de la salud. **Medicina Clínica**, Barcelona, 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/256812840\\_La\\_mediacion\\_en\\_el\\_ambito\\_de\\_la\\_salud](https://www.researchgate.net/publication/256812840_La_mediacion_en_el_ambito_de_la_salud). Acesso em: 19 set. 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 maio 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

DARR, Kurt. **Alternative dispute resolution in health services: now more than ever**. Hospital Topcis, Washington, DC, v. 72, n. 4, 1994. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00185868.1994.9948494?needAccess=true>. Acesso em: 19 set. 2019.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito Social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. **Cad. IberAmer. Direito. Sanit.**, Brasília, v.2, n.2, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/99/141>. Acesso em: 10 maio 2021.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução Histórica e Modelos de Mediação**, 2019. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

HUNT, Paul; KHOSLA, Rajat. Acesso a medicamentos como um Direito Humano. *In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 5. Número 8. São Paulo. Junho de 2008. Disponível em <http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8edicao=43&id=520>. Acesso em: 15 maio 2021

MENDONÇA, Rafael. **(Trans)Modernidade e Mediação de Conflitos: pensando paradigmas, devires, e seus laços com um método de resolução de conflitos**. Petrópolis: KRB, 2012.

PAIM, Patrícia; MARQUETO, Alessandra; LOPES, Ivaneide de Oliveira. **Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde: experiência do Distrito Federal**. Disponível em:

[https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_17B.pdf](https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_17B.pdf). Acesso em: 19 set. 2019.

RIBEIRO, Wesley Carlos. A Mediação Como Meio de Resolução de Conflitos na Área de Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.18 n.3, p. 62-76, nov. 2017./fev. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/144648#:~:text=No%20Brasil%2C%20se%20t%C3%AAm%20not%C3%ADcias,de%20aumentado%20da%20desigualdade%20social>. Acesso em: 10 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2010.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Reprodução Humana Assistida: Um direito fundamental?** 2. ed. Curitiba: Appris, 2021.

# VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL: REVITIMIZAÇÃO E SILENCIAMENTO DAS VÍTIMAS

Daiana Cerutti<sup>1</sup>

Diana Casarin Zanatta<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo estabelecer uma reflexão acerca da violência institucional da qual são alvos crianças, adolescentes e mulheres, na condição de vítimas de violência doméstica e familiar. Faz-se uma análise a partir das Leis nº11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha; Lei nº 13.431/2017 que institui o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, assim como a escuta especializada e depoimento especial; Lei nº 14.245/2021, denominada Lei Mariana Ferrer e Lei nº 14.321/2022, denominada Lei de Abuso de Autoridade, responsável pela inclusão, no texto legal, do conceito de violência institucional. As Leis em questão são os principais instrumentos legislativos para coibir a prática da violência institucional e assegurar tratamento digno às vítimas. Apontam-se como consequências sócio jurídicas da violência institucional a revitimização e o silenciamento impostos às vítimas. Por fim, apresentam-se algumas técnicas para a possível solução da prática da violência institucional, sendo a principal, o treinamento e preparo dos agentes públicos para atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e documental, através do método indutivo.

**Palavras-chave:** revitimização, violência institucional, vítimas.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito, 6º Semestre, URI Câmpus Erechim.

*E-mail:* daia.crt@gmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo, Professora do Curso de Direito da URI Câmpus Erechim. *E-mail:* dianazanatta@uricer.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

A violência Institucional ainda é pouco explorada, sendo também pouco percebida. Isso não significa dizer que seja mais branda ou menos prejudicial para a vítima (MADRID, SILVA, 2021). Um exemplo claro da dificuldade de visualização da violência institucional pode ser constatado pela ausência de identificação desse tipo de violência no texto da própria Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/06. Veja-se que a lei em questão identifica cinco tipos de violência, quais sejam, a física, a moral, a psicológica, a sexual e a patrimonial, entretanto, ainda não reconhece explicitamente a violência institucional como sendo um dos tipos de violência contra mulher.

Pode-se dizer que a violência institucional é aquela “perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos” (TAQUETTE, 2007, p.94). Conceitua-se a violência institucional da seguinte forma:

Violência Institucional é aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos tais como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, Judiciário, dentre outras. É perpetrada por agentes que deveriam garantir uma atenção humanizada, preventiva e reparadora de danos. Na seara da violência institucional, podemos encontrar desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços de saúde e a má qualidade dos serviços prestados, até mesmo como expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e usuário (TAQUETTE, 2007, p. 94).

A conceituação permite que se perceba que a violência institucional pode ser encontrada em diversas instituições públicas e pode ser praticada contra diversas pessoas, das mais variadas classes sociais. O presente estudo busca explorar as formas de violência institucional praticadas no âmbito do sistema de justiça criminal

brasileiro, praticada contra crianças, adolescentes e mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar.

## 2 VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Pois bem, no âmbito do sistema de justiça, entende-se que a violência institucional consiste na criação de obstáculos nos quais as vítimas esbarram, ao procurar o sistema. Tais situações são criadas, muitas vezes, por omissão ou mesmo despreparo dos agentes públicos. Em tais hipóteses, as vítimas acabam sofrendo outra espécie de violência, uma violência que costuma ser denominada de revitimização (MADRID; SILVA, 2021).

A Resolução nº 254/2018, do Conselho Nacional de Justiça, aborda o conceito da violência institucional, em seu Art. 9º, com a seguinte redação: “Configura violência institucional contra as mulheres no exercício de funções públicas a ação ou omissão de qualquer órgão ou agente público que fragilize, de qualquer forma, o compromisso de proteção dos direitos das mulheres” (BRASIL, 2018). É uma espécie de agressão de extrema seriedade, envolvendo instituições e profissionais que deveriam combatê-la, ao invés de praticá-la (ALMEIDA, 2021).

Para Silva (2022), a violência institucional ocorre quando a vítima é obrigada a reviver os fatos ou, em razão deles, sofre outros atos moralmente violentos, que por diversas vezes, a desqualificam, humilham e ferem sua dignidade como pessoa, levando à vitimização secundária, também chamada de revitimização. Para Albeche (2021), a vitimização secundária relaciona-se a desdobramentos do fato criminoso, em que a vítima experimenta, novamente, os efeitos do delito, especialmente nos casos em que a vítima necessita praticar atos decorrentes da apuração estatal, a exemplo de exames de corpo de delito, depoimentos na esfera policial e em juízo, reconhecimento do agressor, entre outros.

É possível identificar a violência institucional de várias formas, como nos exemplos de Silva e Madrid (2021), quando um agente vê ou ouve o que a vítima passou e ainda assim, consegue ser omissivo, permanecendo inerte, não auxiliando no que ela precisa, tratando-a com rispidez no atendimento e até mesmo com negligência. Além da vítima ter sido violentada, quando procura ajuda, passa por situações de abuso, omissão, julgamento de órgãos públicos que deveriam defendê-la e acolhê-la, ferindo assim seus princípios e ideais, o que contraria diretamente a Constituição Federal de 1988.

No processo de revitimização das mulheres, por exemplo, é possível reconhecer o Estado como violador de direitos. Nos diversos âmbitos, “sendo na cobertura dos serviços de atenção, cuidado e proteção que oferece - ou não oferece – às mulheres que são vítimas de violência, seja na vitimização secundária que impinge, decorrente da forma como são atendidas as mulheres pelos agentes estatais presentes nesses serviços” (SILVA, 2017, p. 20).

É importante destacar que, para a caracterização do crime, o agente deve submeter a vítima ou testemunha a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos. Consideram-se desnecessários os procedimentos que são dispensáveis à solução dos fatos. Repetitivos são os que já foram realizados, com força probatória. Procedimentos invasivos são considerados aqueles que adentram na esfera de privacidade da vítima, além dos limites, ou seja, que leve a vítima ou a testemunha a reviver sem estrita necessidade a situação de violência, ou outras situações geradoras de sofrimento (BARROS, 2022).

### **3 LEIS QUE VISAM COIBIR A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL**

No Brasil, visando coibir a prática da violência institucional, há alguns instrumentos legislativos, que passam a ser analisados. O

objetivo é verificar se o arcabouço legislativo brasileiro está adequado e mostra-se apropriado para coibir a prática da violência institucional, em especial, no âmbito do sistema de Justiça criminal brasileiro.

### 3.1 Lei nº 11.340/2006 – Maria da Penha

A violência doméstica e familiar é um fenômeno que não distingue etnias, classes sociais, religiões, escolaridades, orientações sexuais, contudo é um problema mundial, mas de alta relevância no Brasil, que conforme pesquisa, possui 16 milhões de mulheres brasileiras com 16 anos ou mais que já sofreram algum tipo de violência ao longo de 2018 (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 06). Sendo que, em 76,4% dos casos, as vítimas indicaram que o agressor era um conhecido. (FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018, p. 07).

Conforme já apontado, a Lei Maria da Penha não reconhece a violência institucional como uma das formas de violência contra mulher. Entretanto, traz em seu artigo 10-A, procedimentos especiais para a oitiva de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, visando o enfrentamento a violência institucional. Veja-se a redação da Lei:

Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. [...] § 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes: I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar; II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos

âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada. (BRASIL, 2006).

Diante do exposto, não há que se duvidar que a Lei Maria da Penha busca minimizar os efeitos sofridos pela vítima, principalmente sob a perspectiva de que as mulheres vítimas da violência doméstica deverão ser atendidas e acolhidas por pessoas do mesmo gênero e, tecnicamente capacitada para tanto, bem como erradicar a violência institucional sofrida pelas mulheres. Esta Lei determina, dentre outras, a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), e também a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, conforme dispõem os artigos 8º, inciso IV e Art. 14º, respectivamente (BRASIL, 2006).

A implementação efetiva das DEAMs e dos Juizados Especializados, sem dúvida, contribuiria de forma contundente para a redução da violência institucional. (ELISLAGLEI, 2017). Entretanto, há insuficiência de políticas públicas e serviços para o atendimento da demanda que, conforme IBGE, no ano de 2018, o Brasil contava com 5.568 municípios, destes, somente 9,7% ofereciam serviços especializados de atendimento a violência sexual e apenas 8,3% possuem delegacias especializadas de atendimento à mulher (IBGE, 2018).

Ou seja, a demanda reprimida desses serviços é muito grande e pode ser observada no dia-a-dia dos atendimentos. São inúmeros os relatos da falta desse serviço, por parte de organizações não governamentais (ONGs) que realizam o atendimento direto. Quando este existe, constantemente faltam vagas para o atendimento dos casos. Ou seja, é a concretização do “tem, mas está em falta”. (CHAI, CHAVES; SANTOS, 2018).

### **3.2 Lei nº 13.431/2017 – Escuta Especializada e Depoimento Especial**

A Lei 11.431/2017 foi regulamentada pelo Decreto nº 9.603/2018, o qual estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. O Art. 5º, inciso I do citado decreto, dispõe sobre o conceito de violência institucional considerando-a “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” e no inciso II, conceitua revitimização, como “discurso ou prática institucional que submeta crianças e adolescentes a procedimentos desnecessários, repetitivos, invasivos, que levem as vítimas ou testemunhas a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem” (BRASIL, 2018).

A Lei nº 13.431/2017 estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Entre os artigos 7º a 12º, dispõe uma importante novidade albergada pela citada lei, que foi a definição das formas para oitiva de criança ou adolescente, sendo, a escuta especializada e o depoimento especial. A intenção é, nitidamente, evitar a vitimização secundária (AVILA e CUNHA, 2022, p 94). Veja-se o disposto no artigo 7º Lei, in verbis: “Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade” (BRASIL 2017). O artigo 8º da Lei, por sua vez, dispõe que “Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária” (BRASIL, 2017).

Conforme o exposto pela lei e nas palavras de Ávila e Cunha (2022), a escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado ao relato espontâneo e estritamente

necessário para o cumprimento de sua finalidade. Já o depoimento especial é o procedimento de oitava de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária. Também conhecido como “depoimento com redução de dano”, é realizado de forma multidisciplinar (com auxílio de profissional especialmente capacitado, normalmente um assistente social ou psicólogo), permitindo um ambiente menos constrangedor e mais propício para a busca da verdade (AVILA E CUNHA, 2022, p 95).

A Lei nº 13.431/17 estabelece ainda, em seu art. 9º, que as crianças ou adolescentes vítimas de violência devem ser resguardadas de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado. Na sequência, o artigo 10 dispõe que a escuta especializada e o depoimento especial devem ser realizados em local apropriado e acolhedor, a fim de garantir às vítimas a devida privacidade (BRASIL, 2017).

Conforme o artigo 11 da referida lei, em regra, o depoimento especial deve ser realizado uma única vez, por meio de produção antecipada de prova judicial (BRASIL, 2017). Também não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal (AVILA E CUNHA, 2022, p 95).

### **3.3 LEI Nº14.245/2021 - LEI MARIANA FERRER**

A Lei nº 14.245/2021 recebeu esse nome em homenagem a Mariana Ferrer, com 21 anos de idade, que denunciou um abuso sexual do qual teria sido vítima e acabou sendo vítima de violência institucional (ALVES, 2020). O caso obteve ampla repercussão em 2019, tendo Mariana denunciado omissão e descaso dos órgãos públicos. Alegou ter sido vítima de violência institucional desde a fase inicial do registro policial, junto à Polícia Civil (ALVES, 2020).

De acordo com o que fora divulgado na época, na audiência de instrução e julgamento do caso, a defesa do indivíduo apontado

como autor do crime de abuso sexual, apresentou fotos da vítima, produzidas por esta como modelo profissional, antes do crime, alegando que o ato sexual teria se dado de forma consensual. Além disso, a defesa teria referido que a vítima teria sido culpada e que ela estaria tentando tirar proveito da situação. Teria havido desrespeito e humilhação da vítima em audiência, pela defesa do acusado, tudo com o consentimento do magistrado, que permitiu que o advogado continuasse a atacá-la. O réu foi absolvido (ALVES, 2020).

Depois disso, foram apresentados vários projetos de lei, dentre eles um dos mais importante foi o Projeto de Lei nº 5.096/2020. Esse projeto de lei teve como principal finalidade a proteção as mulheres, vítimas de violência sexual. Também foi pensado como uma forma de evitar que outras vítimas fossem culpabilizadas e revitimizadas, pela violência sofrida.

Considerada como uma importante conquista para vítimas de violência sexual, foi promulgada em 22 de novembro de 2021, a Lei nº 14.245, batizada oficialmente de Lei Mariana Ferrer, em homenagem a vítima citada (ALMEIDA, 2022). Esta lei trouxe alterações ao Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), ao Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941) e à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/1995), acrescentado dispositivos e estabelecendo novos requisitos a serem cumpridos em audiências e instrução em plenário, a fim de coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (BRASIL, 2021).

Entre as quatro modificações legislativas trazidas pela Lei nº 14.245/2021, a primeira delas, estabelecida em seu artigo 2º, configura-se como a mais emblemática entre todas (ALMEIDA, 2022). Com o intuito de trazer mais segurança às vítimas de violência sexual, o artigo 344 do Código Penal, que tipifica a coação no curso do processo penal, passa a vigorar acrescido do parágrafo único, que estabelece um aumento de pena: "a pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até a metade se o processo envolver crime contra a dignidade sexual"

(BRASIL, 2021). Importante destacar que comete o crime de coação no curso do processo “aquele que usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral” (BRASIL, 1940).

No âmbito do Código de Processo Penal, houve o acréscimo de dois novos dispositivos ao texto normativo, sendo estes os artigos 400-A e 474-A. Na Lei nº 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi acrescentado o § 1º-A ao artigo 81, ficando estabelecido que todas as partes, e demais sujeitos presentes em audiência, deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa de quem assim não agir (BRASIL, 2021). Incumbiu-se ao Juiz o dever de garantir o cumprimento desse mandamento, sendo vedada a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objetos de apuração nos autos, bem como a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas (BURIN, HERCULANO E MORETZSOHN, 2022).

### **3.4 LEI 14.321/2022 – VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E ABUSO DE AUTORIDADE**

Inspirada pelo caso Mariana Ferrer, entrou em vigor em 1º de abril de 2022, a Lei nº 14.321, alterando a Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869/2019, incluindo o antes inexistente crime de violência institucional. O artigo 15-A foi acrescentado à Lei de Abuso de Autoridade, com a seguinte redação:

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 (BRASIL, 2022).

A pena prevista no preceito secundário, para o crime em questão é de detenção de três meses a um ano, além de multa. Porém, o art.15-A, traz em seus parágrafos duas majorantes para o tipo penal, sendo que o §1º estipula: “Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).” Já o §2º dispõe: “Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro” (BRASIL, 2022).

É importante frisar que, por se tratar de crime próprio, o abuso de autoridade apenas pode ser cometido por agente público. Entretanto, pode haver participação de particular, quando este conhecer a qualidade pessoal do agente público, concorrendo de qualquer modo para a prática do delito, seja como coautor ou partícipe (SILVA, 2022).

Vistas as principais legislações que tratam da violência institucional, passa-se a analisar as principais consequências para a vítima. Com efeito, a doutrina aponta o silenciamento e a revitimização como as principais sequelas infligidas às vítimas, pela violência institucional, conforme passa a ser discorrido.

#### **4 SILENCIAMENTO E REVITIMIZAÇÃO DAS VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL**

A violência institucional apresenta diversas consequências para as vítimas. No tocante às consequências sócio jurídicas, aponta-se a revitimização e o silenciamento como as principais, tendo em vista a influência destas sobre a vítima e sobre a sociedade no geral (SOUZA, 2021).

Conforme já visto, a revitimização é a situação em que o agente submete a vítima ou testemunha a procedimentos

desnecessários, repetitivos ou invasivos (BARROS, 2022). Esta revitimização, ou também denominada vitimização secundária, é uma reação da violência institucional para com a pessoa agredida, especificamente da brutalidade institucionalizada exercida contra a vítima, considerando que essa subespécie, quando presente na persecução penal de delitos contra a dignidade sexual, é responsável pela origem de vários distúrbios e traumas na vida de suas vítimas (ALMEIDA, 2021).

No contexto da violência doméstica e familiar, a revitimização se exterioriza, por exemplo, na violência sexual. Veja-se: a vítima violentada procura uma instituição com a intenção de que *a justiça seja feita* contra o seu violador, no entanto, os profissionais incumbidos de lhe prestar atendimento e assistência não acreditam na sua narração e, muitas vezes, culpam-na pelo ato violento. Motivados pelas opiniões que possuem e que, geralmente, estão baseadas no patriarcado e machismo, a violência institucionalizada é caracterizada (ALMEIDA, 2021).

Diante o exposto, acerca da violência institucional, compreende-se que essa espécie de agressão, é aquela cometida pelo profissional de qualquer estrutura pública ou privada que, ao prestar o seu serviço, ofende os direitos dos usuários daquela estrutura, e que a procuram visando proteção e reparação dos seus direitos. Entretanto, o debate acerca da insegurança que as vítimas sentem nestas instituições, que deveriam assegurar os seus direitos, é novo, e por causa disso, gera um *estado de choque* nas pessoas que tomam conhecimento dessa espécie de violência (ALMEIDA, 2021).

Vale dizer que, normalmente, as vítimas de violência institucional não identificam esses atos de brutalidade por não conhecerem a violência em questão e, por conseguinte, não sabem como responsabilizar os seus agentes. Essa ausência de conhecimento é preocupante, ao ponto das sofrentes deixarem de procurar a responsabilização dos autores dessas condutas, por medo não só do procedimento a qual deverão participar para que os seus infratores sejam ocasionalmente punidos, mas, também, por temor do preconceito que poderão sofrer do próprio meio social do qual

pertencem (ALMEIDA, 2021). Assim, surge o silenciamento das vítimas, pois muitas deixam de procurar o sistema judiciário por medo do julgamento, vergonha, pois sabem que muitas vezes, ao chegar lá, enfrentarão questões de preconceito sobre o fato ocorrido (MADRID E SILVA, 2021).

No curso do processo penal, a vítima, ao ser constantemente revitimizada e posta no lugar do acusado, vê-se posta em situação de ter que provar que não dera causa a agressão sofrida, sua palavra é colocada em cheque, e diante da violência institucionalizada gerada pelo Poder Judiciário e demais autoridades envolvidas no sistema de persecução criminal, silenciam e acabam por não noticiar o crime sofrido (SOUZA, 2021). Desta forma, muitas vítimas, em estado de violência, não seguem adiante com o seu pedido de socorro, deixando o agressor impune, e quando prosseguem, o que é raro, acabam sendo submetidas a inúmeras situações desagradáveis (ALMEIDA, 2021).

Quando a vítima é violentada e procura o sistema de justiça criminal e este não a protege, não acolhe, essa vítima retrocede ao ciclo vicioso da violência. Ou seja, é como se o sistema para ela fosse ineficaz, concluindo, portanto, que ela não deve sair do lado de quem a maltrata, e se consegue sair desse ciclo de violência é tomada pela vergonha e medo (MADRID; SILVA, 2021).

## **5 O PROCESSO DE ENFRENTAMENTO**

Enfrentar a violência contra a mulher, especialmente no âmbito das relações domésticas, familiares e das relações íntimas de afeto exige o rompimento de muitas barreiras, que se estendem desde os pré-conceitos e machismos naturalizados até os fatores que mantêm as mulheres em silêncio, tais como temor e vergonha, além da revitimização, por parte de autoridades e da sociedade. Na lição de Taquette (2007, p. 94) "a eliminação da violência institucional requer

um grande esforço de todos nós, pois, em sua grande maioria, acontece em nossas práticas cotidianas com a população usuária dos serviços”.

Quando as vítimas percorrem o corredor do sistema de Justiça Criminal, por si só, já é revitimizante. A missão dos agentes públicos seria reduzir ao máximo esse quadro, porém, não raras vezes, as vítimas acabam sendo mais maltratadas por agentes públicos, com seu descaso, indiferença e desrespeito, do que pelo próprio agressor (AVILA e CUNHA, 2022, p 87).

Para Avila e Cunha (2022, p 95), deve evitar-se o uso da expressão “depoimento sem dano”, por reconhecer que todo depoimento contém algum nível inevitável de dano emocional, ainda que mínimo, por importar em rememorar os episódios violentos, e lembrar o que ocorreu naquele episódio. Ao contrário, busca-se reduzir ao máximo os possíveis danos emocionais deste processo de rememoração, ao mesmo tempo, preservando-se a fidedignidade do relato.

Ainda que a palavra da vítima possua forte peso comprobatório dentro do processo penal, os meios de sua obtenção são capazes, em determinados casos, de serem tão danosos quanto a própria violência primária suportada pela vítima. Dentro de critérios de necessidade e adequação, perguntas ligadas aos fatos podem ser feitas, pela acusação e defesa, mas sem que importem humilhação, degradação ou ofensa à honra pessoal do ofendido. O mesmo ocorre com a produção de outras provas legalmente permitidas, que adentrem à esfera íntima da vítima, desde que absolutamente indispensáveis para a apuração da verdade real dos fatos, sempre com a cautela de não advir a revitimização.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que, apesar de tantas leis e projetos que visam coibir a prática da violência institucional, ela ainda é recorrente no cotidiano. É importante ressaltar, que a implantação de instituições especializadas, por si só, não reduz a violência institucional, pois é uma condição primordial para o bom atendimento e acolhimento das vítimas de violência doméstica.

Contudo, normalmente, além da falta de sensibilidade, a violência institucional advém do despreparo dos agentes públicos para o atendimento adequado das vítimas, que precisam de um tratamento diferenciado. Esse atendimento é indispensável para que os impactos da violência não sejam agravados pelos operadores do sistema, ou que novos danos surjam às vítimas, pela atuação daqueles que elas recorreram em um momento de dor, e procuraram ajuda, depositando confiança.

Cabe aos integrantes do sistema de Justiça, quando da oitiva dessas pessoas, observar os dispositivos existentes, para não causar novo dano, agora psicológico. Devem ser evitadas perguntas vexatórias, humilhantes e discriminatórias, a reconstituição simulada dos fatos, o que causaria a revitimização e forte constrangimento.

Ainda, o compartilhamento de informações a respeito da violência institucional não só reduziria drasticamente as suas vítimas, mas também os seus agentes. Visto que, por meio da disseminação de conhecimento sobre o tema, estes seriam capazes de adquirir consciência a respeito das suas posturas, das sequelas que são originárias delas e da responsabilização que poderiam vir a sofrer.

Desta forma, torna-se fundamental a criação de políticas públicas conjuntas para o atendimento efetivo de vítimas. Como citado, não basta apenas que existam delegacias especializadas, é preciso também que os profissionais que lá trabalham estejam preparados para lidar com a situação, para que sejam capazes de garantir um atendimento eficaz, rápido e de qualidade, tendo em vista

que são frequentes atendimentos desumanizados, perpetuando a ocorrência da vitimização secundária.

## REFERÊNCIAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. **Violência Processual e a Lei 14.245/2021**. Meu site jurídico, editora JusPODIVM, 2021.

Disponível em:

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/11/24/violencia-a-processual-e-lei-14-2452021/>. Acesso em: 12 ago. 2022.

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. CUNHA, Rogério Sanches. **O crime de Violência Institucional**. Meu site jurídico, editora JusPODIVM, 2022. Disponível em:

<<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2022/05/12/o-crime-de-violencia-institucional>>. Acesso em 10 ago. 2022.

ALMEIDA, Ediane Franciele de. **A violência institucional sob a perspectiva da vítima na persecução penal**. Presidente Prudente: 2021. 53 fls. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito – Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Orientador: Prof. Dr. Glauco Roberto Marques Moreira.

Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/9252>. Acesso em: 15 ago 2022.

ALMEIDA, Ediane Franciele de. MOREIRA, Glauco Roberto Marque. **A violência institucional contra a mulher: reflexos negativos e os causadores de sua habitualidade**. Presidente Prudente: Artigo de Periódico, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Etic, 2021. 18 fls. ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - v. 17, n. 17 (2021).

Disponível em:

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9194>. Acesso em: 17 ago. 2022

ALMEIDA, Jéssica Grisa de. **Lei Mariana Ferrer: Entre Demandas Feministas e Concretizações Legislativas**. Florianópolis, SC, 2022. 88 fls. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Centro de Ciências Jurídicas Departamento de Direito. Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marília de Nardin Budó. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/233066/TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2022.

ALVES, Schirlei. **Julgamento de influencer mariana ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem**. The Intercept Brasil, 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 14 ago. 2022.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes: lei henry borel: comentários à lei 14.344/22 - artigo por artigo (2022)**. 1<sup>a</sup> Edição. São Paulo, Editora JusPodivm. 272 p. 02 de Junho de 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5096/2020**. Brasília, DF. Câmara dos Deputados. 2020. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1940755&filename=PL+5096/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1940755&filename=PL+5096/2020). Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL, **Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. 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). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL, **Lei nº 14.245 de 22 de novembro de 2021**. Lei Mariana Ferrer. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm). Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL, **Lei nº 14.431 de 04 de abril de 2017**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm). Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL, **Lei nº 14.321 de 31 de março de 2022**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm). Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 ago. 2022.

BURIN, Patricia. HERCULANO, Eduardo. MORETZSOHN, Fernanda. Lei Mariana Ferrer: limite à ampla defesa? **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-25/questao-genero-lei-mariana-ferrer-impoe-limite-ampla-defesa>. Acesso em: 06 ago. 2022.

CHAI, Cássius Guimarães. CHAVES, Denisson Gonçalves. SANTOS, Jéssica Pereira dos. VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL CONTRA A MULHER: O PODER JUDICIÁRIO, DE PRETENSO PROTETOR A EFETIVO AGRESSOR. Santa Maria: Artigo de Periódico, UFSM, 2018. 26 fls. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria**, v. 13, n. 2, p. 640-665. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/29538>. Acesso em: 15 ago. 2022.

Editora Conceitos.com. **Conceito de Violência Institucional**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://conceitos.com/violencia-institucional/> Acesso em: 05 ago. 2022.

ELISLAGLEI, Thais. **Dez anos da Lei Maria da Penha e a violência institucional contra as mulheres**. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://elislaglei.jusbrasil.com.br/artigos/449371815/dez-anos-da-lei-maria-da-penha-e-a-violencia-institucional-contras-mulheres>. Acesso em: 07 ago. 2022.

GILABERTE, Bruno. **Crime de Violência Institucional, Art. 15-A da Lei nº 13.869/2019**. Jusbrasil, 2022. Disponível em: <https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1466584254/crime-de-violencia-institucional>. Acesso em: 11 ago. 2022.

IBGE. **IBGE atualiza lista de municípios, distritos e subdistritos municipais do país**. Agência de Notícias IBGE, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23698-ibge-atualiza-lista-de-municipios-distritos-e-subdistritos-municipais-do-pais>. Acesso em: ago. 2022.

LOSCHI, Marília. **Mesmo com Lei Maria da Penha, somente 2,4% dos municípios oferecem casas-abrigo**. Agência de Notícias IBGE, 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25518-mesmo-com-lei-maria-da-penha-somente-2-4-dos-municipios-oferecem-casas-abrigo>. Acesso em: 12 ago. 2022.

MADRID, Fernanda de Matos Lima. SILVA, Laura de Oliveira Azevedo. **O combate a violência institucional contra as mulheres e a desqualificação da palavra da vítima**. Presidente Prudente: Artigo de Periódico, Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Etic, 2021. 24 fls. Etic - Encontro De

Iniciação Científica, v. 17, n. 17 (2021). Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9194>.

MELO, Manuel Maria Antunes de. A judiciabilidade dos direitos humanos como forma de superação da violência institucional. Curitiba: Artigo de Periódico, 2016. 17 fls. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**, v. 2, n. 2, p. 42-58. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistamovimentosociais/article/view/1518>. Acesso em: 15 ago. 2022.

PEREIRA, Jeferson Botelho. O novíssimo crime de violência Institucional. **Blog Mizuno**, 2022. Disponível em: <https://blog.editoramizuno.com.br/violencia-institucional>. Acesso em: 21 ago. 2022.

SILVA, César Dario Mariano da. Breves comentários sobre o delito de violência institucional. **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-14/cesar-dario-delito-violencia-institucional>. Acesso em: 20 ago. 2022.

SILVA, Beatriz Cruz da. **O Atendimento das mulheres vítimas de violência sexual pela segurança pública no distrito federal e a percepção dos profissionais da área sobre esse atendimento**. Brasília, DF, 2017. 111 fls. Dissertação de Mestrado – Departamento de Estudos Avançados Multidisciplinares. Brasília (UnB). Orientador: Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23219/1/2017\\_BeatrizCruzdaSilva.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23219/1/2017_BeatrizCruzdaSilva.pdf). Acesso em: 15 ago. 2022.

SOUTO, Sarah Eugênia de. **Violência contra as mulheres: da violência psicológica à violência institucional**. Brasília: 2020. 70 fls. Monografia, Especialização em Avaliação de Políticas Públicas - Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Instituto Serzedello Corrêa. Orientador: Prof. Dra. Roberta Gregoli. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/violencia-contra-as->

mulheres-da-violencia-psicologica-a-violencia-institucional.htm.  
Acesso em: 15 ago. 2022.

SOUZA, Sara Barbosa. **Violência institucional contra a mulher – a revitimização e o silenciamento da vítima e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.** Manhuaçu: Repositório Institucional UNIFACIG, 2021. 50 fls. Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito – Centro Universitário UNIFACIG. Orientador: Prof. Professora Msc. Fernanda Franklin Seixas Arakaki. Disponível em: <http://pensaracademico.facig.edu.br/index.php/repositoriootcc/article/view/3371>. Acesso em: 15 ago. 2022.

TAQUETTE, Stella. **Mulher adolescente/jovem em situação de violência.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. 129 fls. Disponível em: [https://bvssp.icict.fiocruz.br/pdf/mul\\_jovens.pdf](https://bvssp.icict.fiocruz.br/pdf/mul_jovens.pdf). Acesso em: 8 ago. 2022.

TAKIYA, Roberto. **Violência Institucional.** Dicas do Prof. FMB. Curso preparatório FMB, 2022. Disponível em: <https://cursofmb.com.br/2022/05/17/violencia-institucional/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

# VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER COM FILHOS MENORES DE IDADE: A EXPOSIÇÃO DO FILHO À VIOLÊNCIA, A POSSIBILIDADE DE PERDA DA GUARDA E A RESTAURAÇÃO DOS LAÇOS AFETIVOS

Fernanda Sarginski<sup>1</sup>

Laura Kalinoski de Almeida<sup>2</sup>

Diana Casarin Zanatta<sup>3</sup>

**RESUMO:** O presente estudo busca estabelecer um questionamento acerca da possibilidade ou não de decretação da perda da guarda de filho menor de idade, pelo genitor que for omissivo, seja ele vítima ou agressor, em caso de exposição do filho à situação de violência doméstica e familiar. O objetivo principal é a análise da proteção dos direitos dos menores de idade frente às garantias previstas para as mulheres no sistema de Justiça brasileiro. Busca-se aferir se, quando uma mãe retoma o relacionamento abusivo, retratando-se do direito de representar contra o agressor, essa conduta fere o direito do filho de conviver em um ambiente familiar sadio e sem violência, levando essa mãe a sofrer sanções, tais como a perda da guarda. Para a solução da problemática, o estudo sugere a possibilidade de implementação de grupos

---

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI.

*E-mail:* 096900@aluno.uricer.edu.br.

<sup>2</sup> Acadêmica de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI.

*E-mail:* 096748@aluno.uricer.edu.br.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus de Santo Ângelo, Professora de Direito Penal e Processo Penal, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, campus de Erechim. *E-mail:* dianazanatta@uricer.edu.br.

restaurativos que tenham como intuito a prevenção da violência doméstica e familiar, na tentativa de restaurar laços e manter as crianças e adolescentes em suas casas, com suas famílias. Para tanto, utiliza-se pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavra-chave:** adolescentes, crianças, violência doméstica, violência familiar.

## 1 INTRODUÇÃO

Neste artigo aborda-se a problemática da violência no contexto familiar contra a mulher e, conseqüentemente, contra os filhos menores de idade. Busca-se verificar as conseqüências de eventual omissão dos genitores de crianças e adolescentes que acabam tendo seus direitos desrespeitados, em caso de violência doméstica e/ou familiar sofrida pela mãe. O objetivo da pesquisa é estabelecer uma reflexão acerca da importância da proteção do menor, em primeiro lugar, nos casos envolvendo violência doméstica praticada contra a mãe, analisando a possibilidade ou não de perda da guarda pelo genitor responsável por eventual omissão praticada contra os filhos menores de idade. Parte-se da concepção de que na sociedade atual, ainda se luta pelos direitos dos menores de idade, absolutamente vulneráveis, frente às violências praticadas ou sofridas pelos genitores e/ou responsáveis legais.

Serão observados argumentos que comprovam que o direito do menor de idade, considerado vulnerável, prevalece frente a qualquer outra vulnerabilidade, como é a condição da mulher vítima de violência. Vê-se que, no arcabouço legislativo brasileiro, a proteção de crianças e adolescentes recebeu um reforço recentemente, com a aprovação e entrada em vigor da Lei nº 14.344/22, conhecida como Lei Henry Borel. Essa Lei possui as mesmas diretrizes da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, ou seja, disponibilizar medidas protetivas de urgência que protejam a vítima de forma eficaz e célere.

O artigo aponta quem são os responsáveis legalmente por solicitar medidas protetivas de urgência em nome da criança e/ou

adolescente e os órgãos responsáveis pela promoção do bem-estar do menor. Observa-se os direitos do filho menor de idade em contrapartida aos direitos da mulher que sofreu violência doméstica e mantém, mesmo assim, o vínculo com o agressor, submetendo seu filho a viver em um ambiente abusivo e que deixa de ser saudável, gerando consequências bastante negativas ao filho, mesmo não tendo ele sido vítima direta da agressão.

Ao final, o estudo, que é realizado através de pesquisa bibliográfica e documental, analisa a possibilidade de implementação de grupos restaurativos que tenham como intuito a prevenção da violência doméstica e familiar, na tentativa de restaurar laços e manter as crianças e adolescentes em suas casas, com suas famílias.

## **2 RETROSPECTO HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL**

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 226, estabelece que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O § 8º do mesmo dispositivo constitucional acrescenta que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988). Porém, nem sempre foi assim.

Para que se compreenda a problemática proposta, importa, nesse primeiro momento, retroceder na recente história brasileira, a fim de compreender a evolução no tratamento tanto da criança e do adolescente, quanto da mulher, que hoje usufruem de tratamento legislativo diferenciado. Dessa forma, é necessário compreender também a evolução legislativa das garantias desses vulneráveis.

Antigamente, no Brasil, crianças e adolescentes eram tratados como objetos e não como sujeitos de direito, ou seja, não possuíam

direitos e eram vistos como meros utensílios de trabalho e forma de auxílio à manutenção financeira familiar (ABE, 2020). Foi apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira (CF/88), que crianças e adolescentes tornaram-se pessoas dignas de direito, como se percebe pelo texto contido no artigo 227 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

De acordo com o texto constitucional, a responsabilidade pela garantia dos direitos à criança e ao adolescente é tanto da família, quanto do Estado e da sociedade. Após o advento da CF/88, em 1990, foi aprovado e entrou em vigor a Lei nº8.069/90, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), um instrumento legal criado com a finalidade de proteger e garantir os direitos fundamentais infanto-juvenis. Assim, vê-se que as crianças e adolescentes que nasceram depois da CF/88 e do ECA, já tiveram a oportunidade de desenvolver-se numa infância com leis que passaram a garantir-lhes, ao menos legalmente, o acesso à saúde, educação, alimentação, entre outros direitos fundamentais.

Atualmente, o legislador brasileiro entendeu que o arcabouço legislativo existente não seria suficiente para proteger de forma efetiva as crianças e adolescentes vítimas de alguma forma de violência. Em função disso, foi criada e entrou em vigor a Lei nº 14.344/2022, conhecida como Lei Henry Borel, com a finalidade estabelecida no artigo 1º, in verbis:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, nos termos do § 8º do art. 226 e do § 4º do art. 227 da Constituição Federal e das disposições específicas previstas em tratados, convenções e acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), 8.069, de 13 de julho de 1990, (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), e 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 (BRASIL, 2022).

Como se percebe, o art. 1º da lei em questão estabelece mecanismos que previnem o enfrentamento à violência doméstica e familiar praticado contra os menores, nos termos tanto do artigo 226, parágrafo 8º quanto do artigo 227, parágrafo 4º da CF/88 (BRASIL, 1988). Pelo texto legal, é nítido que a legislação continua em constante evolução na luta contra a violência infanto-juvenil, de forma que cria cada vez mais dispositivos, na expectativa de coibir a violência a esses indivíduos considerados vulneráveis.

No que diz respeito à mulher, na sociedade contemporânea, os problemas sociais a ela vinculados são resultados de séculos de uma sociedade patriarcal, que tinha sobre a mulher uma óptica também de objeto. Por um longo período, no Brasil, as mulheres foram proibidas de votar, de trabalhar em igualdade de condições com os homens, de ter independência financeira ou até mesmo de ver um filho reconhecido, fora do casamento. Entretanto, na década de 1930, a mulher ganha força e consegue conquistar seu primeiro direito, qual seja, o voto (DIAS, 2008). Nessa época, já surgiram algumas denúncias de agressões no âmbito doméstico, por algumas mulheres que passaram a entender que, assim como o voto, passaram a ter outros direitos.

Com a Constituição Federal de 1988, as mulheres passaram a ser jurídica e socialmente dignas de direitos iguais aos homens, nos

termos do artigo 5, I da CF/88 que preceitua o seguinte: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988). Todavia, embora a igualdade formalmente estabelecida pelo texto Constitucional, a fim de efetivá-la no plano material, fez-se necessária uma lei que reconhecesse as formas de violência doméstica e familiar e criasse medidas de proteção à mulher no âmbito familiar. Dessa forma, em 2006, foi criada a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que prevê formas de proteção mais efetiva à mulher vítima, no ambiente doméstico, familiar ou das suas relações íntimas de afeto.

Não obstante a criação de legislações protetivas, ainda há diversas situações a exigir maior atenção do sistema de justiça como um todo, pois as estatísticas a seguir demonstradas ainda acusam a existência de número bastante expressivo de desrespeito, em especial, a crianças e adolescentes no Brasil.

### **3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL**

Segundo dados do Disque 100 (BRASIL, 2022), no ano de 2019<sup>1</sup> houve 86.837 denúncias recebidas referentes à violência contra a criança e adolescente, 38% foram em relação a negligências, 23% violência psicológica, 21% violência física, 11% violência sexual, entre outros. Entretanto, 52% desses crimes foram praticados na própria casa da vítima, dado que demonstra o vínculo do menor em relação ao ofensor. A maior parte dos crimes de negligência, são praticados pelas mães desses menores, que se encontram em situação de dependência, seja financeira, seja emocional, e acabam

---

<sup>1</sup> 2019 foi o ano escolhido para o estudo, por se tratar do último ano antes da pandemia da Covid-19. Ponderou-se que em função da pandemia, o período dele e posterior a ela poderiam ser considerados atípicos e não refletir com exatidão os dados que se quis obter.

negligenciando os maus tratos que os filhos estão sofrendo (SANCHES; ÁVILA, 2022).

De acordo com o ECA, são cinco os direitos fundamentais que norteiam a aplicação do Estatuto. Dentre eles estão o direito à convivência familiar, prioridade absoluta e proteção integral (OLIVEIRA, 2016). No entanto, é necessário observar quando esses princípios passam a realmente ser violados e assim, precisam de maior atenção.

Quando uma mulher sem filhos é vítima de violência doméstica e familiar, mas se submete, por questões pessoais, a manter o relacionamento com o seu ofensor, é uma escolha consciente sua. Outrossim, quando uma mulher com filhos, submete-se a manter o relacionamento com o seu agressor, ela de certa forma renuncia seus direitos e sua saúde mental, mas também de seus filhos que testemunham essas agressões e que por vezes, são vítimas indiretamente.

Como citado, os menores devem ter seus direitos atendidos em ordem prioritária, à frente de qualquer outro indivíduo considerado vulnerável, de forma que, ao se pensar em violência doméstica familiar, pensa-se primeiramente na criança e/ou adolescente que presencia ou sofre com a violência e posteriormente nos demais (idosos e mulheres). Por isso mesmo, logo no primeiro artigo da Lei nº 14.344/2022 - Lei Henry Borel, observa-se que o objetivo dela é garantir os direitos da criança e do adolescente que são vítimas ou testemunhas de violência doméstica familiar.

Deve ser enfatizado o seguinte, como visto, que o artigo 1º da Lei Henry Borel atribui a proteção ao menor de idade considerado vítima ou testemunha. Assim, tem-se a certeza que os menores que foram testemunhas da violência doméstica e familiar sofrida pelos demais integrantes do grupo, também se encontram protegidos, na forma da lei.

### 3.1 Medidas Protetivas de Urgência para crianças e adolescentes

Em 2014, no Rio Grande do Sul, ocorreu o homicídio de um menino de 11 anos. O pai e a madrasta foram condenados, em primeira instância, pelo homicídio. O crime obteve ampla divulgação, ficando conhecido como *caso Bernardo* (nome do menino morto) (RIO GRANDE DO SUL, 2021).

Foi tornada pública a notícia de que Bernardo, pouco antes de ser morto, pessoalmente, teria procurado o Poder Judiciário da Comarca de Três Passos, buscando obter alguma medida de proteção em relação aos maus tratos sofridos no ambiente familiar (IRION, Gaúcha ZH, 2014). Sem entrar no mérito sobre se houve ou não negligência estatal e, conseqüentemente violência institucional, o fato é que meses depois, Bernardo entrou para as estatísticas, como vítima de homicídio praticado por quem deveria protegê-lo e amá-lo.

Mas foi o caso de outro menino morto - Henry Borel - que acabou provocando a edição da Lei 14.344/22. O menino Henry, com 5 anos de idade, foi morto pelo padrasto, sendo que, pelo que foi divulgado, a mãe e a babá sabiam das agressões que sofria (CNN, 2021). Diante da ampla repercussão que o caso obteve, a Lei Henry Borel entrou em vigor, estabelecendo específicos órgãos que devem auxiliar os menores de idade, estabelecendo responsabilidades em caso de ser comprovada negligência.

O artigo 16 da Lei nº 14.344/22 estabelece os órgãos/pessoas que possuem atribuição para denunciar casos de violência doméstica familiar, bem como, postular medidas de proteção para a criança ou adolescente, que irão manter sua segurança. Eis o texto legal:

Art. 16. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, da autoridade policial, do Conselho Tutelar ou a pedido da pessoa que atue em favor da criança e do adolescente.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de

manifestação do Ministério Público, o qual deverá ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, ou a pedido da vítima ou de quem esteja atuando em seu favor, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da vítima, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2022).

Veja-se, de acordo com o artigo transcrito, que órgãos que trabalham diretamente com a promoção do bem-estar do menor, como o Ministério Público, Conselho Tutelar, Autoridade Policial ou qualquer pessoa que tenha conhecimento da violência e atue em favor do menor, são diretamente responsáveis pela denúncia e até mesmo pela solicitação das medidas protetivas. Entretanto, em se tratando da vítima ou de alguém que atue em favor dela, seja familiar, seja conhecido que apenas fique ciente da situação de violência, o magistrado deve conceder a medida protetiva, se observar que o menor realmente se encontra em situação de risco. Caso contrário, não será a vítima contemplada com as medidas protetivas.

Após a concessão de medida protetiva, a criança ou adolescente pode requisitar a manutenção ou outras formas de proteção, que serão analisadas pelo magistrado e serão concedidas, de acordo com a situação. Entretanto, crianças e adolescentes em situação de violência doméstica, só poderão requisitar ao Poder Judiciário, por conta própria, as referidas medidas, após a primeira denúncia e concessão de medida protetiva, caso contrário, essa solicitação fica à responsabilidade dos órgãos/pessoas mencionados (SANCHES e ÁVILA, 2022, p.152).

O enunciado 37 do Fórum Nacional de Juízos e Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - FONAVID, dispõe que “a concessão da medida protetiva de urgência não está

condicionada à existência de fato que configure, em tese, ilícito penal” (BRASIL, 2016). Isso significa que a concessão de medida protetiva não está condicionada à possibilidade de existir algo ilícito posterior à denúncia da violência doméstica e familiar.

A doutrina aponta para a necessidade de que o Poder Judiciário esteja bem equipado para não se utilizar apenas do visivelmente óbvio ou superficial. Assim, deve dispor de uma equipe capacitada no trabalho com crianças e adolescentes, de forma que consigam extrair deles o que camufla em sua mente juvenil (FONSECA, 2021).

Nesse viés, o Protocolo Brasileiro de entrevistas Forenses com Crianças e Adolescentes, discorre sobre ter profissionais capacitados para trabalhar com menores de idade e suas mentes ilustrativas, devido a complexidade e fragilidade que se encontra nesses atendimentos (BRASIL, 2020). O Protocolo Brasileiro também dispõe sobre a importância de serem realizadas perguntas corretas, para não induzir o menor a esconder ou relatar situações de grau maior do que as que realmente ocorreram (BRASIL, 2020).

O artigo 16 da Lei 13.431/2017 dispõe descritivamente que o poder público necessita de formas de serviços de atendimento às vítimas, através das Comarcas, devendo investir na assistência desses casos da melhor e mais completa forma possível (BRASIL, 2017). Nas audiências de mediação/conciliação do ramo cível, usa-se o termo *rapport*<sup>1</sup> para explicar o vínculo/confiança que deve ser criado entre o conciliador e os conciliados (THOREAU, 2016). Esse mesmo *rapport*, deve ser realizado no atendimento a vítima de violência doméstica familiar, principalmente se tratando de atendimento a uma criança ou adolescente, pois ao serem agredidos por quem eles mais amavam, passam a ver todos como pessoas que não merecem sua confiança e assim, não sabem para quem expor seus sentimentos, problemas e violências sofridas.

---

<sup>1</sup> Relatório, em tradução livre para o português.

## **4 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PRATICADA CONTRA A MÃE E O RETORNO DESTA AO CONVÍVIO COM O AGRESSOR PODE ENSEJAR A PERDA DA GUARDA DE FILHO MENOR DE IDADE?**

De acordo com o caput do art. 2º da Lei 14.344/2022, configura violência doméstica e familiar contra a criança e ao adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial (BRASIL, 2022). Dessa forma, o menor que for testemunha de violência doméstica familiar, encontra-se em situação de vulnerabilidade e poderá solicitar medida protetiva de urgência, sendo analisado o percentual de perigo que a criança e/ou adolescente se encontra (SANCHES; ÁVILA, 2022, p.152).

Diante do estabelecido pelo citado texto legal, pode-se compreender que, ao retornar o relacionamento com seu agressor, a mãe que se encontra com a guarda do filho menor de idade, poderá perdê-la caso o menor esteja sob ameaça ou sofrendo qualquer forma de violência, mesmo que indiretamente. Esse entendimento parte da ideia de manutenção tanto da saúde física, quanto da saúde mental do menor exposto, não lhe causando danos futuros (RIBEIRO, 2019).

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 29/20, que veda a guarda compartilhada em caso de violência doméstica ou familiar praticada por qualquer dos genitores contra o outro ou o filho (BRASIL, 2020). O autor do projeto de lei sustenta que em “situações em que há prova ou indícios de atentado contra a vida, a saúde, a integridade física ou psicológica de filho ou de um dos pais, a guarda da criança ou do adolescente deve ser entregue àquele que não seja o autor ou responsável pelos fatos” (BEZERRA, 2020).

O artigo 92, II do Código Penal foi alterado pela Lei nº 13.715/18, passando a dispor que pessoas que cometem crimes contra o pai ou a mãe de seus filhos podem perder o pátrio poder, também conhecido como poder familiar (BRASIL, 2018). O poder familiar é relativo à tutela dos pais sobre os filhos e envolve direitos e

obrigações. A medida abrange os crimes dolosos (com intenção) sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra descendentes, como netos, e contra pessoa que detém igual poder familiar ao do condenado, como seu cônjuge ou companheiro, mesmo que divorciado.

Assim, a depender da gravidade da situação concreta, a responsável pode perder a guarda do filho, caso decida reatar seu relacionamento com o agressor sem avaliar os danos causados à criança ou adolescente, que está sob sua responsabilidade. O Ministério Público e o Conselho Tutelar podem retirar o menor de idade da tutela da mãe, entendendo-se que pode sofrer e ser prejudicado neste ambiente familiar. De acordo com o artigo 136, XV, do ECA, o Conselho Tutelar pode representar junto ao Ministério Público, pela concessão de medidas protetivas de urgência e também, quando achar necessário, que o agressor perca o pátrio poder (BRASIL, 1990). Dessa forma, o Conselho Tutelar, agindo em favor e pelos interesses sociais, tem a capacidade de realizar a denúncia que achar cabível para cada situação enfrentada.

Entretanto, segundo Cunha e Ávila, "deve-se primeiro verificar a viabilidade de afastamento do agressor antes de cogitar a remoção da criança ou adolescente do convívio familiar" (2022, p. 64). Assim, veja-se que o menor será mantido em seu ambiente protetivo, de todas as formas legalmente permitidas, no entanto, caso não haja colaboração do responsável, tomar-se-á a melhor decisão possível em prol da criança e adolescente.

O artigo 14, inciso I, da Lei Henry Borel estabelece que o agressor pode ser afastado do lar por *ex officio*, por decisão judicial (BRASIL, 2022). Entretanto, o referido artigo estabelece, nos incisos II e III que, em cidades de pequeno porte que não contam com a presença de comarca, essa medida pode ser tomada pelo Delegado de Polícia, ou pelo próprio policial que estiver atendendo a ocorrência, desde que não haja delegado disponível no momento.

Dessa forma, levando em conta a urgência presente nessas situações e que pode ocorrer uma significativa demora na

determinação da medida protetiva, é tutelada aos demais agentes públicos a possibilidade de tomar decisões que mantenham a segurança e integridade do menor, até que o problema seja analisado pelos órgãos competentes. Todavia, volta-se a frisar que, apenas em situações de extrema urgência, com poderes escassos para outras decisões, os agentes públicos podem tomar a decisão, levando-se em consideração que os poderes dos agentes policiais são restritos nesses casos. Nesse viés, nos casos de lacunas não supridas pela lei em questão, serão utilizados precedentes afetos à Lei Maria da Penha (ARAÚJO; COSTA, 2022). Dessa forma, não ficará o magistrado à mercê apenas de testemunhas dos fatos.

## **5 HOUVE O ROMPIMENTO DO VÍNCULO FAMILIAR: COMO PERMITIR QUE A GUARDA DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE RETORNE AOS RESPONSÁVEIS?**

É um direito da criança e adolescente crescer e conviver com seus genitores, logo, o sistema de justiça deve desenvolver cursos parentais no intuito de ressocialização do convívio de pais e filhos. Assim, os Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs<sup>1</sup> - ou varas especializadas serão grandes aliados do poder judiciário na restauração da saúde familiar dessas pessoas que tiveram seus núcleos ameaçados pela violência doméstica e familiar (PARANÁ, 2021).

Dessa forma, em se tratando de pais/mães explorando psicologicamente os filhos após o divórcio conjugal, os responsáveis devem ser encaminhados para as já existentes oficinas de parentalidade (MONTEIRO, 2020). As oficinas de parentalidade,

---

<sup>1</sup> Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), utilizados para a autocomposição de conflitos através de mediações e conciliações, além de contar com cursos de justiça restaurativa, grupos de reflexão de gênero, grupos de apoio à vítimas de violência doméstica, entre outros.

como descreve o Tribunal de Justiça de São Paulo, são cursos disponibilizados pelo Poder Judiciário, para manter uma boa relação entre pais e filhos no momento do divórcio do casal e, posteriormente, visando uma convivência saudável entre eles, para que a criança e adolescente não tenha danos futuros por traumas causados nesse momento (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Já em casos de violências por outros motivos ou de negligência, deve-se explorar a ideia do desenvolvimento de cursos que abordem a temática de convívio familiar saudável. Nesses cursos, os responsáveis devem ser estimulados a pensar nas consequências dos seus atos e possam, de alguma forma, entender quais são os passos importantes que devem dar para a boa convivência familiar (COPEVID, 2018).

Ademais, os artigos 87 e 88 do ECA dispõem sobre a criação de políticas de atendimentos, seja como prevenção, seja como posterior acolhimento às vítimas e ofensores (BRASIL, 1990). Assim, observa-se que a política protetiva dos vulneráveis exige a ressocialização do ofensor, de forma que possibilite um retorno no convívio familiar entre as partes.

Diante de tudo isso, surge a grande dúvida de como proceder no caso das mães que restabeleceram o relacionamento com seus agressores e, com isso, permitem que seus filhos sejam testemunhas de violência doméstica e familiar. Essas mães, devem passar pelos mesmos cursos com a finalidade de entender os danos que pode estar causando aos filhos menores. De igual forma, os ofensores dessas mulheres também devem ser encaminhados a grupos de apoio, de forma que além de tratar do caso da violência contra a criança, haja possibilidade de reestabelecer um bom relacionamento (sem qualquer tipo de violência) entre o casal.

Tem-se que o trabalho em grupo faz com que as pessoas observem que precisam de consideração, tempo e reflexão para tratar as relações e mudar alguns comportamentos (LIZ, 2015). Assim, deve-se haver facilitadores inclinados a realizarem um trabalho de impacto social, ou seja, a efetividade não está apenas no fim das agressões

(apesar de ser o essencial), mas também o fato de diminuir essas agressões já é uma grande conquista (SANCHES; ÁVILA, 2022).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao concluir o estudo, é possível compreender que os responsáveis legais podem efetivamente perder a guarda de filhos menores de idade, em casos de violências ou omissão. Entretanto, fica claro que o Poder Judiciário, através de seus Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania -CEJUSCs- ou varas especializadas, podem atuar no enfrentamento à violência doméstica e familiar através de cursos restaurativos, além de ser viável e importante a parceria com a rede de apoio dos municípios, nesse combate, para melhor atender a demanda de acordo com a realidade municipal.

Além do mais, ter profissionais capacitados desde o primeiro contato com a vítima, até o momento do término dos cursos restaurativos, é de extrema importância, para acolher vítimas e ofensores, mostrando que o Poder Judiciário não é apenas punitivo, como também socializador e restaurativo. Assim, acredita-se ser possível a restauração do vínculo familiar, importante para a formação da criança e do adolescente, mas de importância também para os genitores.

Todavia, os comportamentos da fase adulta das pessoas, geralmente são um reflexo de como foram criados, ou seja, de como foram tratados durante sua infância e adolescência por seus responsáveis, de forma que se tornam um espelho. Apesar de ser compreensível esse reflexo, não é uma justificativa continuar adotando os mesmos hábitos, de forma que, cursos restaurativos podem fazer cessar essas condutas, pois ao analisar da óptica de terceiros, por vezes, as pessoas entendem o motivo de tais atos serem perigosos para quem os sofre.

Torna-se importante não apenas punir o agressor, mas dar atendimento a ele, mostrando os danos que causa. Analisando a mãe que omite suas próprias agressões e permite que os filhos presenciem tais atos, deve-se investir em cursos que abram sua percepção para os danos que seus filhos estão sofrendo, além de ajudá-las a identificar os círculos da violência doméstica, na tentativa de evitar que esse ciclo continue vicioso e que consigam proteger seus filhos.

Em virtude dos fatos mencionados, percebe-se que com uma rede de apoio bem estabelecida é possível prevenir de forma eficaz e considerável a violência doméstica e familiar, com uma rede apoio bem estruturada. Além do mais, essa prevenção não vale apenas para que as violências diminuam, como também, para que as crianças não precisem ser afastadas de seus lares ou, por vezes, de suas famílias, sofrendo o trauma da violência e posteriormente o distanciamento das pessoas que ama.

## REFERÊNCIAS

ABE, Stephanie Kim. Conheça a história e a importância do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Cenpec**. Publicado em: 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.cenpec.org.br/tematicas/conheca-a-historia-e-a-importancia-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca>. Acesso em: 10 Ago. 2022.

BARCELLOS, Renato. Caso Henry Borel: Entenda as suspeitas e os últimos desdobramentos. **CNN Brasil**. Publicado em: 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/caso-henry-borel-entenda-as-suspeitas-e-os-ultimos-desdobramentos/>. Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. 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). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **Enunciado 37, de 2016**, do Fórum Nacional de Juízos e Juízes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - FONAVID. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/arquivos/documentos/fonavid/ENUNCIADOS-ATUALIZADOS-ATE-O-VIII-FONAVID%20-2016.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 13.431, de 4 de abril de 2017**. Dispõe sobre garantia de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência doméstica familiar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 13.715, de 24 de setembro de 2018**. Dispões sobre a perda do poder familiar se autor de crimes contra descendentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm). Acesso em: 02 ago. 2022.

BRASIL. **Protocolo brasileiro de entrevista forense com crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência**.

Organizadores: Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves, Reginaldo Torres Alves Júnior . -- São Paulo e Brasília : Childhood - Instituto, WCF-Brasil : CNJ: UNICEF, 2020.

BRASIL. Disque 100. **Dados de violência contra crianças e adolescentes do ano de 2019**. Disponível em:

<https://crianca.mppr.mp.br/2020/05/294/DISQUE-100-Ministerio-da-Mulher-divulga-Relatorio-2019.html#:~:text=Segundo%20o%20relat%C3%B3rio%2C%20o%20Disque,melhoria%20da%20qualidade%20do%20servi%C3%A7o..>  
Acesso em 14 Ago2022.

BRASIL. **Lei 14.344, de 24 de maio de 2022**. Institui a Lei Henry Borel. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13715.htm). Acesso em: 02 ago2022.

BRASIL. Projeto proíbe guarda compartilhada em caso de violência doméstica. **Câmara dos Deputados**. Publicado em: 27 de fev. de 2020. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/noticias/639702-projeto-proibe-guarda-compartilhada-em-caso-de-violencia-domestica/#:~:text=Projeto%20pro%C3%ADbe%20guarda%20compartilhada%20em%20caso%20de%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica,-A%20proposta%20tamb%C3%A9m&text=O%20Projeto%20de%20Lei%2029,o%20outro%20ou%20o%20filho>. Acesso em: 27 jul. 2022.

COMISSÃO PERMANENTE DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. Enunciados da COPEVID.

Publicado em: jan. de 2018. Disponível em:

<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/ENUNCIADOS-COPEVID-2018.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

COSTA, Adriano Sousa; ARAÚJO, Anderson Marcelo de. Temas controversos da Lei Henry Borel. **ConJur**. Publicado em: 5 de julho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-05/academia-policia-temas-controversos-lei-henry-borel>. Acesso em: 13 ago. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; ÁVILA, Thiago Pierobom de. **Violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes - Ley Henry Borel, comentários à Lei 14.244/22 artigo por artigo.** - São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

DIAS, Maria Berenice. A mulher no Código Civil. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC. Publicado em: 21 Nov. 2008. Disponível em: [www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil](http://www.investidura.com.br/ufsc/110-direito-civil/2247-a-mulher-no-codigo-civil). Acesso em: 08 Ago2022.

FONSECA, Izabela. O papel da psicologia jurídica no acolhimento de crianças e adolescentes. **Acridas**. Publicado em: 02 jul. 2021. Publicado em: <https://www.acridas.org.br/o-papel-da-psicologia-juridica-no-acolhimento-de-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 07 ago. 2022.

IRON, Adriana. As falhas na rede de proteção que não salvou Bernardo Boldrini. **Gaúcha ZH**. Publicado em: 27 set. 2014. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2014/09/as-falhas-na-rede-de-protecao-que-nao-salvou-bernardo-boldrini-4608042.html>. Acesso em: 04 set. 2022.

LIZ, Kelly; WESTMARLAND, Nicole. **Programas de perpetradores de violência doméstica: passos para a mudança: relatório final do Projeto Mirabal**. Londres: Universidade de Durham. Universidade Metropolitana de Londres, 2015.

MONTEIRO, Andreia. Oficina de Parentalidade no Combate a Alienação Parental. **Jusbrasil**. Publicado em: 22 abr. 2020. Disponível em: <https://andreamonteiroacm.jusbrasil.com.br/artigos/833331452/oficina-de-parentalidade-no-combate-a-alienacao-parental>. Acesso em: 29 ago. 2022.

OLIVEIRA, Amanda Marcenaro de. **Princípios do ECA (Lei nº 8.069/90).** Jusbrasil. Publicado em: 28 ago. 2016. Disponível em: <https://amandamarcenaro.jusbrasil.com.br/artigos/378041949/principios-do-eca-lei-n-8069-90>. Acesso em: 29 ago. 2022.

PARANÁ. **Conheça projetos do TJPR voltados à proteção de crianças e adolescentes.** TJPR. Publicado em: 15 jun. 2021. Disponível em: [https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/9jZB/content/conheca-projetos-do-tjpr-voltados-a-protecao-de-criancas-e-adolescentes/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_9jZB%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-2%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26doAsUserId%3Dltavfedr](https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/conheca-projetos-do-tjpr-voltados-a-protecao-de-criancas-e-adolescentes/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.tjpr.jus.br%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_9jZB%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D1%26doAsUserId%3Dltavfedr). Acesso em: 08 ago. 2022.

RIBEIRO, Maiara. **Como reconhecer e agir ao suspeitar de violência contra crianças.** Publicado em: 19 mar. 2019. Disponível em: <://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/como-reconhecer-e-agir-ao-suspeitar-de-violencia-contras-criancas/>. Acesso em: 04 set. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. **Caso Bernardo.** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/caso-bernardo/>. Acesso em: 13 ago. 2022.

SÃO PAULO. Oficina de Divórcio e Parentalidade. **TJSP.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Conciliacao/OficinaPaisFilhos>. Acesso em: 06 ago. 2022.

SENADO. **Medidas de proteção a criança vítima de violência doméstica vão à sanção.** Publicado em: 04 de abril de 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/05/04/medidas->

de-protecao-a-crianca-vitima-de-violencia-domestica-vao-a-sancao>. Acesso em 08 ago. 2022.

THOREAU, Henry David. **Rapport**: como estabelecer uma relação de confiança usando técnica da Mediação de Conflitos. Câmara de Conciliação do Estado de Santa Catarina. Publicado em: 17 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.camaradeconciliacaodesc.com.br/rapport-como-estabelecer-uma-relacao-de-confianca-usando-tecnica-da-mediacao-de-conflitos/> Acesso em: 14 ago. 2022.

TOCANTINS. Poder Judiciário. **O que diz o ECA**. Disponível em: <https://www.tjto.jus.br/index.php/o-que-diz-o-eca>. Acesso em: 13 ago. 2022.

# A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE EXTRAJUDICIAL À LUZ DO PROVIMENTO Nº 83/2019 DO CNJ

Gabriela Somenzi<sup>1</sup>

Giana Lisa Zanardo Sartori<sup>2</sup>

**RESUMO:** O trabalho objetiva verificar quais os critérios para o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade, após as mudanças do Provimento 63/2017 do CNJ, com o advento do Provimento 83/2019. Para responder ao questionamento, por meio de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, primeiramente verificou-se a evolução do direito de família, os princípios que fundamentam a multiparentalidade, após, foi analisado seu conceito e os critérios para o reconhecimento, e por fim, quando é cabível e quais são os requisitos para o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade, estudando as novas disposições do Provimento 83/2019 do CNJ. Diante disso, conclui-se que é cabível o reconhecimento da multiparentalidade extrajudicial pelo critério socioafetivo, desde que cumprido todos os requisitos do Provimento, e desde que seja para fim de um único registro. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, analítico descritivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** família, socioafetividade, multiparentalidade, pluralidade, provimentos.

---

<sup>1</sup>Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. *E-mail:* gabrielasomenzi6@gmail.com.

<sup>2</sup> Professora universitária na URI-Erechim. Doutora em ciências jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí e Università di Perugia na Itália. Mestre em Direito, ética e bioética pela UFSC. Pós graduanda em Direito Civil pela UPF. Advogada, mediadora e pesquisadora. *E-mail:* sgiana@uricer.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

Com a evolução do direito de família, não há mais que se falar na limitada imagem da família tradicional, aquela matrimonializada e biológica. Isso porque, atualmente a ideia de “família” vai além das formas tradicionais do imaginário comum, devendo basear-se primordialmente na relação de afeto, em busca, acima de tudo, da felicidade de seus membros, independentemente de como seja sua forma.

Graças a este novo entendimento, o ordenamento jurídico passou admitir outras formas de família, sendo uma delas a multiparentalidade, a qual foi reconhecida no Recurso Extraordinário n.º 898.060 e da análise da Repercussão Geral 622, em 2016. Ademais, o Provimento 63/2017 do CNJ passou a admitir o reconhecimento da socioafetividade e da multiparentalidade extrajudicial, a qual sofreu alterações com o Provimento 83/2019.

Assim, o presente trabalho visa analisar o instituto da multiparentalidade, bem como os Provimentos 63/2017 e 83/2019 do CNJ, a fim de buscar responder quais são os critérios para o reconhecimento da multiparentalidade extrajudicial, com base nas alterações advindas do Provimento 63/2019.

Portanto, esta pesquisa, busca inicialmente, fazer uma breve análise da evolução do direito de família, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e da socioafetividade. Em seguida, analisar-se-á o conceito e os critérios para reconhecimento da multiparentalidade. Por fim, verificar-se-á a possibilidade do reconhecimento deste instituto pela via extrajudicial, com base nas novas disposições do Provimento 83/2019 do CNJ. O método de pesquisa utilizado foi o indutivo, analítico descritivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica.

## 2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE, PLURALIDADE E DA AFETIVIDADE

Antes de compreender o instituto da multiparentalidade e a possibilidade de seu reconhecimento extrajudicial, será feita uma análise da evolução histórica da família, bem como dos princípios que fundamentam a multiparentalidade.

### 2.1 Evolução histórica do direito de família

Quanto a história, a família é um dos institutos mais primitivos, não se tendo como mensurar o início da sua existência, isso porque, sua origem se confunde com a própria origem da humanidade, ou seja, existe desde a formação das primeiras sociedades (PEREIRA; 2021). Diante disso, os primeiros registros datam da Roma Antiga (753 a.C a 1453 d. C.), em que os membros da família eram unidos pela religião doméstica e pelos antepassados falecidos, ou seja, tratava-se da reunião de pessoas ligadas pelo ascendente comum mais velho, o “*pater familias*”, exercendo sua autoridade sobre os demais (VASCONCELOS; 2018).

Outrossim, no período medieval, a família sofreu grande influência da igreja católica, e o casamento passou a se basear na relação de amor e concupiscência. Porém, o homem ainda detinha o poder de decisão sobre a esposa e seus filhos (MALUF, MALUF; 2021).

Já no Brasil, durante a época da colonização (séc. XVI a início do séc. XIX), a família era indispensável para a vida de qualquer pessoa, e aquele que não pertencesse a uma família era excluído da sociedade. De início, a família era patriarcal, ou seja, o homem era quem tomava as decisões, restando a mulher o cuidado da casa e da família. Ainda, a família recebia grande influência da igreja católica e o casamento era indissolúvel. Por fim, nesta época vigorou as Ordenações Filipinas (VASCONCELOS; 2018).

Em 1916, surgiu o primeiro Código Civil Brasileiro, porém, este foi editado à época em que ainda prevalecia muito forte a figura da família tradicional. Como prova disto, destaca-se a obra datada de 1901, de Clóvis Beviláqua, um dos autores do projeto do referido Código, na qual traz o conceito de família daquela época:

**O patriarcho já constitui uma forma familiar** | mais consistente e delinida. **Repousa ella sobre a auctoridade de um chefe despótico que é**, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e **o pontífice do grupo a que preside** [...]. Constituída a família pela **associação do homem e da mulher**, em vista da reprodução e da necessidade de crear os filhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo **princípio da auctoridade**. garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito [...] (BEVILÁQUA; 1901, p. 16-17). (grifou-se).

Diante destes pensamentos da época, nasceu um Código Civil pautado pelo patriarcho, ou seja, pela autoridade do pai sobre a mãe e os filhos, não havendo igualdade. Além disso, a única forma de constituição legítima da família, era a decorrente do casamento, sendo que qualquer outra forma de constituição era considerada ilegítima, mesmo que houvesse a presença do afeto (BARRETO; 2013).

Este entendimento passou a mudar com o advento da Constituição Federal de 1988, mediante a previsão de outras formas de constituição de família: a união estável e a monoparentalidade (artigo 226, §§3º e 4º, CF). Além disso, a Constituição Federal também passou a vedar qualquer forma de discriminação e distinção entre filhos (artigo 227, §6º, CF), e previu a igualdade entre homem e mulher na relação conjugal (artigo 226, §5º, CF) (BRASIL, 1988). Por fim, o Código Civil de 2002 passou a prever o instituto do poder familiar e não mais o instituto do *pater familias* (BRASIL, 2002).

Porém, tal avanço legislativo ainda é limitado, pois, apesar de abarcar outras formas de família que não o casamento, restringiu a proteção estatal apenas nestas três figuras (casamento, união estável e relação monoparental), não havendo proteção/regulamentação quanto as inúmeras outras formas (MADALENO; 2021).

Apesar disto, a doutrina e a jurisprudência vêm buscando suprir tais lacunas legislativas, a fim de adequar o direito de família à evolução da sociedade e atender os reclames dessa nova ordem social (VILASBOAS, 2020). Desse modo, outras instituições familiares, além daquelas legalmente previstas, passaram a ser reconhecidas e protegidas, como por exemplo, a multiparentalidade.

## **2.2 Princípios do direito de família que fundamentam a multiparentalidade**

Primeiramente, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, este encontra respaldo na ideia de que a família deve ser instrumento para concretização da dignidade humana, ou seja, deve garantir todos direitos existenciais (direitos fundamentais e sociais), “possibilitando o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente” (GONÇALVES, 2021, p. 9).

No entanto, para concretização do princípio da dignidade é preciso que a família receba proteção Estatal, e para isso, deve-se levar em conta outro princípio, o da pluralidade, afinal, este pretende que o Estado reconheça e proteja as mais diferenciadas formas de família, indo além das tradicionalmente previstas em lei.

A compreensão do Direito de Família atual impõe como premissa a construção de uma cultura jurídica que nos conduza a reconhecer a igualdade dos vários modelos de entidades familiares e a necessidade de proteção ao ser humano, estabelecendo-se um processo de responsabilização destas relações (BALBONI, 2007, p. 49).

Sendo assim, por meio do reconhecimento deste princípio, oportuniza-se que os sujeitos sejam livres para constituírem suas famílias da forma que melhor entenderem (PEREIRA, 2021). Logo, não há mais que se falar em família ilegítima, pois todas merecem reconhecimento, sem qualquer discriminação.

Ligado a isso, importante destacar que este avanço no âmbito do Direito de Família só foi possível graças a aplicação de outro princípio, o da afetividade. Deste princípio, decorrem dois grandes aspectos, o primeiro se refere a não exigência do critério da consanguinidade para reconhecimento da família, bastando que os membros possuam laços de afetividade. Já o segundo aspecto é que, o vínculo afetivo, é indispensável em qualquer núcleo familiar, isto é, mesmo que haja vínculo biológico, isso por si só não é suficiente para constituição de uma verdadeira família.

Toda família parental, independentemente da forma de sua constituição, deve ser socioafetiva. É como a adoção, isto é, todo filho, mesmo biológico, deve ser “adotado” por seus pais. Em outras palavras, se não se adotar o filho, mesmo biológico, não se constituirá uma relação verdadeira de paternidade. Da mesma forma, é a família, que só será verdadeiramente o núcleo estruturante do sujeito, se for formada na afetividade e no amor. Sem esses elementos não haverá ali uma verdadeira família (PEREIRA, 2021, p. 29).

Para Madaleno (2021, p. 103), a afetividade é uma “mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”. Ainda, para Tartuce (2022, p. 51) “afetividade é um dos principais regramentos do Novo Direito de Família que desponta e que a parentalidade socioafetiva é uma tese que ganha força na doutrina e na jurisprudência”. Ademais, tal princípio também já fundamentou inúmeras jurisprudenciais, entre elas, a significativa decisão do STF, no RE 898.060<sup>1</sup>, a qual será aprofundada posteriormente, tendo dado origem ao instituto da multiparentalidade.

Portanto, a afetividade passou a ser reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina como um princípio do Direito de Família, mesmo não constando expressamente em lei. Assim, o afeto trata-se da relação de pertencimento, de amor, proteção e segurança,

---

<sup>1</sup>STF, RE 898.060-SC, Rel.º Min.º Luiz Fux, publ. 21/09/2016.

garantindo algo muito mais forte que um simples vínculo biológico, oportunizando a constituição de uma família eudemonista, ou seja, em busca da felicidade.

O termo família eudemonista é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros. O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos entre nós, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade ((MALUF, MALUF, 2021, p. 31).

Em suma, foi graças ao avanço do direito de família e da aplicação dos referidos princípios, que se originou o instituto da multiparentalidade. Afinal, hoje, pelo princípio da pluralidade admite-se os mais diferenciados modelos de família. Além disso, pelo princípio da afetividade, a família deve ser baseada pelo afeto, independentemente do vínculo biológico, daí a possibilidade do registro de pais socioafetivos. Por fim, tudo ligado ao princípio da dignidade humana de seus membros, buscando acima de tudo uma família eudemonista, independentemente de como venha a ser constituída.

### **3 A FAMÍLIA MULTIPARENTAL E OS SEUS CRITÉRIOS**

Após uma análise da evolução histórica, será possível entender o conceito contemporâneo de família e da multiparentalidade, bem como da origem deste instituto e os requisitos para seu reconhecimento.

### 3.1 Conceito de Família Multiparental

Frisa-se que firmar um conceito de família não é uma tarefa fácil, afinal, a família está sempre se reinventando, e, portanto, seu conceito está em constante mutação (PEREIRA, 2021). Para Donizetti (2017, p. 865) “o Direito de Família consiste na área do Direito Civil que cuida de disciplinar as relações interpessoais nascidas de um vínculo afetivo, que leva pessoas a se agruparem, formando os núcleos chamados famílias”. Já para Vilasboas (2020, p. 03), família é:

Instrumento de repersonalização, de desenvolvimento de seus membros e de crescimento social. Deixamos de lado o foco matrimonial, procriador, para adentrarmos ao aspecto de acolher e dar afeto aos seus integrantes no sentido máximo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Logo, percebe-se que a conceituação atual não está vinculada ao casamento e a relação estrita entre pai, mãe e filhos biológicos. Sendo assim, nota-se que a família deixou de ser matrimonializada, hierarquizada e biológica, e passou a ser plural, aberta, igualitária, socioafetiva e instrumental.

Para acompanhar tais mudanças, a jurisprudência brasileira trouxe novas decisões a fim de buscar uma reestruturação do ordenamento jurídico, para atender os reclames dessa nova ordem social (VILASBOAS, 2020). Graças a isto, originou-se o instituto da multiparentalidade, através do Recurso Extraordinário n.º 898.060, julgado em 2016, pelo qual entendeu-se que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (BRASIL, 2016, s/p).

Ou seja, a multiparentalidade nada mais é que uma dupla parentalidade, isto é, “quando um filho estabelece uma relação de paternidade/maternidade com mais de um pai, ou mais de uma mãe” (PEREIRA, 2021, p. 394). Ainda, segundo Tybusch e Lemos (2019, p.

312-313), a multiparentalidade é a:

Admissão de o indivíduo ter dois vínculos de filiação distintos declarados em seu registro de nascimento, decorrentes da coexistência dos vínculos socioafetivo e biológico. Com efeito, afasta-se a regra de se fazer uma escolha entre a prevalência de quaisquer dos vínculos, como anteriormente foi necessário.

Logo percebe-se que não há que se falar em hierarquia entre o critério biológico e socioafetivo, pois é possível que se reconheça ambos (TARTUCE, 2022). Sendo assim, com a pluralidade do registro, o pai biológico e o socioafetivo terão os mesmos direitos e deveres sobre o filho (SANTOS, 2020). Ademais, o filho também receberá o mesmo tratamento, inclusive ao direito sucessório, como já reconhecida pela jurisprudência (NUNES, 2020).

No entanto, apesar da doutrina e da jurisprudência reconhecerem a multiparentalidade, não há lei específica sobre o assunto. Sendo assim, quais os critérios que o julgador deve verificar no caso concreto para reconhecer este instituto? Para isso, deve-se levar em conta as decisões jurisprudenciais.

### **3.2 Uma análise da jurisprudência atual: quais os critérios para reconhecimento da multiparentalidade?**

Para que seja possível reconhecer a multiparentalidade faz-se necessárias analisar quais os requisitos exigidos, e para isso, verificar-se a jurisprudência atual.

#### **3.2.1 Legitimidade para requerer a multiparentalidade**

A legitimidade é um dos requisitos para a propositura de qualquer ação judicial. No entanto, quando se trata de ação que busca reconhecer a multiparentalidade, esta gera certa dúvida. Isso porque, discute-se se só o filho pode requerer, ou se o pai/mãe que deseja o

reconhecimento também poderia (SCHWERZ, 2015).

Segundo o artigo 1.606 do Código Civil “a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz” (BRASIL, 2002). Logo, percebe-se que, fazendo uma análise literal da lei, só o filho teria legitimidade para reconhecer a multiparentalidade, ou seja, só este poderia buscar o reconhecimento de pai ou mãe, quando já houvesse outro registrado.

Porém, encontra-se interessantes decisões atuais no país, como as proferidas pelo TJSC, as quais conferem a legitimidade tanto ao pai/mãe biológico(a), quanto do pai/mãe socioafetivo(a), para buscar o reconhecimento do vínculo consanguíneo ou afetivo de filiação, quando já há registro de outro pai/mãe, gerando assim o reconhecimento da multiparentalidade.

Esse foi o entendimento tomado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 0300233-75.2017.8.24.0068<sup>1</sup>, de 2020, na qual reconheceu-se que “é legítimo o pai biológico para o ajuizamento de demanda que visa declarar a existência do vínculo sanguíneo que alega (desde que comprovado), e, bem assim, assentar essa filiação no registro de nascimento do filho” (SANTA CATARINA, 2020, s/p).

No mesmo sentido, na Apelação Cível n. 0000673-18.2018.8.24.0034<sup>2</sup> do mesmo Estado, o padrasto ingressou com ação para buscar o reconhecimento da filiação socioafetiva da enteada, sendo que esta já tinha pai biológico registrado. Diante disso, o Tribunal reconheceu a legitimidade do padrasto, bem como reconheceu a filiação socioafetiva, configurando dessa forma a multiparentalidade (SANTA CATARINA, 2020, s/p).

Logo, diante de tais jurisprudências, percebe-se que não só o filho, mas também o pai ou mãe que busca o reconhecimento da filiação, podem requerer a multiparentalidade.

---

<sup>1</sup> TJSC, Apelação Cível n. 0300233-75.2017.8.24.0068, de Seara, rel. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-02-2020.

<sup>2</sup> TJSC, Apelação Cível n. 0000673-18.2018.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Luiz Felipe Schuch, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21-05-2020

### 3.2.2 Demonstração da existência do critério biológico ou socioafetivo

Primeiramente, importante destacar que o primeiro registro de paternidade/maternidade se difere do segundo registro. Isso porque, quando ainda não consta quem seja pai/mãe daquela pessoa na certidão de nascimento, o reconhecimento da filiação pode se dar pela presunção, que ocorre nas hipóteses do artigo 1.597<sup>1</sup> do CC, ou até mesmo pelo reconhecimento voluntário, conforme prevê o artigo 1.609<sup>2</sup> do CC, como por exemplo, por meio do registro de nascimento ou escritura pública (SCHWERZ, 2015).

No entanto, quando já há pai e mãe registrado, e busca-se um segundo registro (multiparentalidade), exige-se que haja o critério biológico ou socioafetivo, que deverá ser comprovado (SCHWERZ, 2015).

A multiparentalidade pode se dar de duas formas, a primeira quando se busca o reconhecimento biológico, e a segunda quando se busca o reconhecimento socioafetivo.

Quanto ao reconhecimento biológico, a jurisprudência do Rio Grande do Sul, vem entendendo que basta a realização do exame de DNA e o resultado positivo, para que seja reconhecida a segunda filiação.

---

<sup>1</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>2</sup> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

- I - no registro do nascimento;
- II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
- III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
- IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Como prova disto, destaca-se a Apelação Cível nº 70080938632/RS<sup>1</sup>, de 2019, em que já havia pai socioafetivo registrado, e a ação buscou o reconhecimento do pai biológico como segundo registro. Na decisão, entendeu-se que “para o reconhecimento da *paternidade* biológica não é necessária a existência de afetividade entre as partes, ou qualquer tipo de relação entre ambos” (RIO GRANDE DO SUL, 2019, s/p). Portanto, tal decisão entendeu que basta o exame positivo de DNA para reconhecer a filiação biológica, e por conseguinte o segundo registro, configurando a multiparentalidade.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina quando do julgamento da Apelação Cível 0007961-55.2015.8.24.0023<sup>2</sup>, ocorrido em 2019. Na ocasião, a 4ª Câmara de direito civil do Tribunal decidiu que o reconhecimento da paternidade biológica se dá pela realização de exame de DNA com resultado positivo, e, ainda, entendeu que a recusa do pai em se submeter ao exame induz presunção relativa de paternidade, raciocínio este que deve ser aplicado, com as devidas adaptações para o caso da genitora recusar submeter o filho ao exame (SANTA CATARINA, 2019, s/p).

A Câmara utilizou esse entendimento tendo em vista que, no caso, a genitora se recusava a submeter a filha ao exame de DNA, sendo que havia nos autos provas aptas a permitirem presumir ser o requerente pai biológico da criança. Ao final, julgou procedente o pedido do pai biológico com a inserção de seu nome na certidão de nascimento da filha, entretanto, mantendo o também o nome do pai registral em virtude do reconhecimento da multiparentalidade (SANTA CATARINA, 2019, s/p).

Logo, percebe-se que, em se tratando do reconhecimento de filiação biológica, não é preciso demonstrar existência de afetividade com o segundo pai/mãe, bastando comprovar a consanguinidade.

---

<sup>1</sup> TJRS *Apelação Cível*, Nº 70080938632, Oitava Câmara *Cível*, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 22-08-2019.

<sup>2</sup> TJSC, *Apelação Cível* n. 0007961-55.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 07-02-2019.

Além disso, graças a este entendimento da jurisprudência, é possível reconhecer a multiparentalidade para fins meramente patrimoniais, tais como alimento e herança. Embora os tribunais venham decidindo nesse sentido, alguns doutrinadores criticam essa possibilidade, como por exemplo, Flávio Tartuce (2022, p. 526), o qual sustenta que este entendimento gera a “possibilidade de um filho escolher seu pai não pelo afeto, mas por meros interesses patrimoniais, em uma clara demanda frívola”.

Já nos casos em que se busca o segundo registro pelo critério socioafetivo, os requisitos para configuração da multiparentalidade são diferentes. Diante disso, destaca-se a Apelação Cível n.º 5005659-76.2020.8.21.0022<sup>1</sup>, a qual trouxe os critérios para reconhecimento da filiação socioafetiva (RIO GRANDE DO SUL, 2022, s/p).

O caso trata-se de uma ação de reconhecimento da paternidade socioafetiva cumulada com pedido de multiparentalidade, proposta pelo padrasto em favor do seu enteado, em que se buscou manter o registro do pai biológico e adicionar o padrasto como pai socioafetivo. Tal ação foi julgada improcedente pelo juízo de primeiro grau, uma vez que não havia a diferença de 16 anos de idade entre o padrasto e o enteado. Assim, o requerente buscou a reforma perante o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2022, s/p).

Pois bem, o Tribunal, na sua decisão, explicou que a filiação socioafetiva nada mais é do que a posse de estado de filho, e esta se caracteriza por meio de três requisitos. O primeiro é o tratamento (*tractatus*), ou seja, é preciso que se relacionam como se pais e filho fossem, entre si e perante a sociedade. Já o segundo requisito é a reputação (fama), a qual define que o vínculo deve ser reconhecido por todos. E por fim, o terceiro requisito é o nome (*nomem*), ou seja, é preciso que o filho tenha o nome de família do pai, isto é, que tenha sido registrado como filho (RIO GRANDE DO SUL, 2022, s/p).

Todavia, em relação ao requisito *nomem*, segundo Renata

---

<sup>1</sup> TJRS, Apelação Cível n.º 5005659-76.2020.8.21.0022, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2022.

Viana Neri (2017), grande parte da doutrina entende pela possibilidade de ser dispensado, uma vez que sua ausência não altera o estado de filho, desde que os demais requisitos estejam presentes. Isso porque, no caso de reconhecimento de filiação socioafetiva, a inserção do patronímico do pai afetivo é justamente o objetivo do reconhecimento, de modo que a exigência do requisito *nomem* se demonstra contraproducente.

No entanto, estes não são os únicos requisitos, pois o Provimento 63/2017 do CNJ, no seu artigo 10, §4º, exige que o pretense pai ou mãe seja dezesseis anos mais velho que o filho (BRASIL, 2017), requisito que no caso concreto não foi preenchido. Por conta disto, o Tribunal Gaúcho julgou improcedente o apelo, uma vez que o padrasto era apenas 14 anos mais velho que o enteado (RIO GRANDE DO SUL, 2022, s/p).

Apesar desta decisão, importante destacar que o Tribunal do Rio Grande do Sul já decidiu de forma diversa, como na Apelação Cível n.º5000578-34.2021.8.21.0048<sup>1</sup>, em que o pretense pai socioafetivo era quinze anos e onze meses mais velho que o filho. Diante disso, a Oitava Câmara Cível entendeu que a regra do Provimento 63/2017 do CNJ poderia ser flexibilizada naquele caso, e assim deu provimento ao apelo reconhecendo a socioafetividade e a multiparentalidade RIO GRANDE DO SUL, 2022, s/p).

Portanto, conforme entendimento da jurisprudência, para que seja possível reconhecer a multiparentalidade por meio do reconhecimento de pai/mãe socioafetivo(a), é preciso que esteja configurada a posse de estado de filho (nome, tratamento e reputação), bem como haja a diferença de 16 anos, sendo que este último requisito pode ser flexibilizado, dependendo do caso concreto.

Por fim, importante salientar que, ao se buscar a multiparentalidade, como regra, utiliza-se o processo judicial. No entanto, quanto ao reconhecimento do segundo vínculo de filiação

---

<sup>1</sup> TJRS, Apelação Cível n.º 5000578-34.2021.8.21.0048, Oitava Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2022.

pelo critério socioafetivo, o Provimento 63/2017 do CNJ permite que se utilize a via extrajudicial.

#### **4 A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE EXTRAJUDICIAL: NOVAS MUDANÇAS COM O PROVIMENTO 83/2019 DO CNJ**

Como já visto, o instituto da multiparentalidade, apesar de não possuir previsão legal, é amplamente reconhecido pela jurisprudência e pela doutrina, tendo ganhado força com o Recurso Extraordinário n.º 898.060, julgado em 2016.

Graças a isto, em 2017, a Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n.º 63, o qual trouxe a possibilidade do reconhecimento voluntário da socioafetividade de forma extrajudicial, bem como o reconhecimento da multiparentalidade (TARTUCE, 2022). Ocorre que, em 2019, o CNJ editou o Provimento 83, o qual trouxe algumas mudanças em relação ao reconhecimento da multiparentalidade (TARTUCE, 2022). Diante disso, será feita uma análise dos requisitos exigidos para o reconhecimento extrajudicial da socioafetividade e da multiparentalidade, com base nas novas mudanças advindas com o novo provimento.

Primeiramente, quanto a competência, não houve alterações, tendo o artigo 11 continuado a disciplinar que o reconhecimento deve se dar no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, pelo Oficial Registral, ainda que de local diverso de onde está o registro de nascimento (BRASIL, 2017).

Já quanto aos legitimados, primeiramente, quanto aos pretensos pais/mãe que desejam o reconhecimento extrajudicial, estes precisam ser maiores de 18 anos e precisam ser 16 anos mais velhos que o filho que se deseja reconhecer, conforme §2º e § 4º, do artigo

10, os quais não sofreram alterações (BRASIL, 2017). Já quanto ao filho, o artigo 10 previa que este poderia ter qualquer idade, sendo que, se fosse maior de 12 anos precisaria do seu consentimento. Agora, com o novo provimento, o artigo 10 só admite o reconhecimento extrajudicial de maior de 12 anos, sendo que, se for menor, deverá ser buscada a via judicial.

A partir de agora, somente as pessoas (filhos) acima de 12 anos poderão se valer do registro da filiação socioafetiva pela via extrajudicial, restando aos menores desta idade apenas a via judicial. A principal razão, a meu ver, para essa mudança diz respeito à preocupação com a possibilidade de burla à adoção. Em se tratando de adolescentes, estes podem manifestar sua concordância de modo mais veemente, o que não se verificava nos casos que envolviam crianças (menores de 12 anos) (OLIVEIRA, 2019, s/p).

Sendo assim, só cabe o reconhecimento extrajudicial de filho maior de 12 anos, sendo que caso ele ainda não tenha completado 18 anos, as novas disposições do Provimento exigem o consentimento do filho. Ainda, o Provimento manteve a exigência do consentimento do pai e da mãe biológicos (BRASIL, 2017).

Além disso, anteriormente bastava a mera declaração dos interessados, já com o novo Provimento de 2019, exige-se que seja demonstrado o vínculo afetivo, sendo que o artigo 10-A prevê que a maternidade ou paternidade socioafetiva deve ser estável e socialmente exteriorizada. (BRASIL, 2017).

O primeiro requisito é o da estabilidade que para Cabral Filho (2021, p. 134) trata-se de “uma relação entre o pai/mãe e o filho que se prolonga no tempo, não podendo ser fugaz ou com inúmeras interrupções, de modo a comprometer a constituição da figura paterna e filial”. Com isto, assume um caráter subjetivo, afinal, o Provimento não traz um tempo específico para configurar a estabilidade, portanto, o Oficial do Registro deverá analisar caso a caso e verificar se esta diante de um vínculo estável ou não, sendo que caso não considere

preenchido tal requisito, os interessados poderão remeter ao juízo correedor (CABRAL FILHO, 2021).

Já quanto ao requisito da relação socialmente exteriorizada, significa que ela não pode ser oculta, mas sim deve ser uma convivência pública. Portanto, é preciso não só que aquelas duas pessoas se reconheçam como pai/mãe e filho, mas também que a sociedade os reconheçam como tal (CABRAL FILHO, 2021).

Este requisito, para Lôbo, configura verdadeira posse de estado de filho:

A doutrina identifica o estado de filiação quando há *tractatus* (comportamento dos parentes aparentes: a pessoa é tratada pelos pais ostensivamente como filha, e esta trata aqueles como seus pais), *nomen* (a pessoa porta o nome de família dos pais) e *fama* (imagem social ou reputação: a pessoa é reconhecida como filha pela família e pela comunidade; ou as autoridades assim a consideram). Essas características não necessitam estar presentes, conjuntamente, pois não há exigência legal nesse sentido e o estado de filiação deve ser favorecido, em caso de dúvida (LÔBO, 2017, p. 232).

Logo, nota-se que os requisitos para reconhecimento extrajudicial são quase os mesmos do judicial, afinal, no judicial exige-se a configuração da posse de estado de filho (*tractatus, nomen* e reputação), bem como que o pretense pai/mãe seja 16 anos mais velho que o filho, e no reconhecimento extrajudicial exige-se os mesmos requisitos, além da estabilidade.

Ainda, outra mudança advinda do Provimento de 2019, foram os §1º a §4º do artigo 10-A, que incluiu a forma pela qual o Oficial do Registro analisará a afetividade. Os dispositivos trazem que a apuração do vínculo deve se dar por meio de elementos concretos, podendo ser utilizado qualquer meio de prova admitido em direito,

como provas documentais<sup>1</sup> e declarações de testemunhas (BRASIL, 2019).

Além disso, anteriormente, para o Oficial conceder o registro, bastava a implementação dos requisitos previstos no Provimento. Agora, se passou a exigir a remessa do pedido ao Ministério Público. Ou seja, a socioafetividade e a multiparentalidade extrajudicial só serão reconhecidas se o Órgão Ministerial apresentar parecer favorável. Sendo desfavorável, caberá a remessa do expediente ao juiz corregedor, e caso não seja remetido pelo interessado ou caso o Juiz também não concorde, o expediente será arquivado (BRASIL, 2017).

Por fim, o novo Provimento estabeleceu que só é possível a inclusão de um único ascendente socioafetivo, do lado materno ou paterno. Logo, caso se deseje incluir mais de um pai/mãe socioafetivos, deverá ser buscada a via judicial.

A preocupação, nesse item, parece ter relação com a multiparentalidade, que, apesar de ter se tornado uma realidade fática e jurídica, poderia estar sujeita a abusos, como nos casos de “adoção à brasileira”. Afinal, envolvendo um pai “e” uma mãe socioafetivos, a hipótese poderia encobrir esse tipo de adoção irregular. Agora, havendo possibilidade de apenas um pai “ou” uma mãe socioafetivos, ficará mais difícil a burla à adoção. Assim, a multiparentalidade pela via extrajudicial, embora ainda permitida, passou a ser restrita a apenas um ascendente socioafetivo, restando ao segundo ascendente socioafetivo, se existente, socorrer-se da via judicial, onde o caso poderá ser melhor averiguado pelas equipes multidisciplinares do juízo (OLIVEIRA, 2019, s/p).

Logo, havendo no registro de nascimento um pai e uma mãe, pelo critério socioafetivo ou biológico, é possível buscar o segundo

---

<sup>1</sup> Apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

registro de pai ou mãe socioafetivo, ou seja, é possível reconhecer a multiparentalidade extrajudicial, desde que preenchido todos os requisitos supramencionados. Porém, só será possível buscar o segundo registro, sendo que caso se busque reconhecer o terceiro registro em diante, deverá ser buscada a via judicial.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, nota-se que o direito de família sofreu grande evolução, sendo que, atualmente, considera-se família aquela que garante a dignidade de seus membros, em busca da felicidade. Com isso, a lei e a jurisprudência, consubstanciadas pelos princípios da pluralidade, da dignidade da pessoa humana e da socioafetividade, passaram a admitir outras formas de família, além daquelas tradicionalmente previstas.

Diante disso, surgiu o instituto da multiparentalidade, a qual permite o registro plural de mãe e/ou pai, não havendo mais hierarquia entre o critério biológico e socioafetivo. Assim, o pretense pai/mãe ou o filho, podem buscar, por meio de um processo judicial, o reconhecimento de segundo registro paterno ou materno, pelo critério biológico ou socioafetivo, sendo que, pelo primeiro critério basta comprovar a consanguinidade, já pelo segundo critério é necessário demonstrar a posse de estado de filho, e a diferença de 16 anos entre o pai/mãe e o filho.

Com este avanço, o CNJ passou a admitir o reconhecimento da multiparentalidade pela via extrajudicial, por meio do Provimento 63 de 2017. Ocorre que, em 2019, adveio o Provimento 83, o qual estabeleceu algumas importantes mudanças. Agora, para o reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade, deve ser demonstrado que o pretense pai ou mãe possuem 16 anos a mais do que o filho, fique demonstrada a socioafetividade, por meio de uma relação estável e socialmente exteriorizada (tratamento, reputação e

nome), bem como haja parecer favorável do Ministério Público. Por fim, destaca-se que o reconhecimento extrajudicial só pode ocorrer uma única vez, sendo que, se houver mais pais/mãe que se pretende reconhecer, só caberá a via judicial.

## REFERÊNCIAS

BALBONI, Cláudia Marcele Vargas da Silva. **A pluralidade das entidades familiares a partir da constituição federal brasileira de 1988 e sua importância para concretização da dignidade da pessoa humana**. Dissertação (Pós-Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo-RS, p. 171, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/2397/a/%20pluralidade%20das%20entidades.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, Rio de Janeiro-RJ, volume 1, p. 205-214, março, 2013. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_205.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf). Acesso em: 22 jul. 2022.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro-RJ: Livraria Garnier, 1901. p. 16-17. Disponível em: [tps://doceru.com/doc/sv8es0x](https://doceru.com/doc/sv8es0x). Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: palácio do Planalto, 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.: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília-DF: palácio do Planalto, 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.: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Provimento n.º 63 do CNJ, de 14 de novembro de 2017.** Institui o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva. Brasília-DF: atos do CNJ, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em.: 26 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 898.060.** Recurso extraordinário. repercussão geral reconhecida. direito civil e constitucional. conflito entre paternidades socioafetiva e biológica [...]. Recorrente: A N. Recorrido: F G. Relator: Min. Luiz Fux, 21 set. 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 19 jul. 2022.

CABRAL FILHO, Alcides Lourenço. **A Concretização do Reconhecimento Extrajudicial da Paternidade Socioafetiva e Multiparentalidade:** Análise do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo-SP, p. 152, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/bitstream/handle/24422/1/Alcides%20Louren%c3%a7o%20Cabral%20Filho.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Civil.** 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de Famíli. 18ª. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/97865555902>

10/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.xhtml]!/4/2/2/2/1:52[zid%2Ca%20p]. Acesso em: 20 jul. 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2021. Disponível em:  
[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640515/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5\]!/4/2/5:0\[%2C%20au\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559640515/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]!/4/2/5:0[%2C%20au]). Acesso em: 21 jul. 2022.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF Adriana do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em:  
[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598117/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml\]!/4/12/6/1:0\[%2C1.%20\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598117/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml]!/4/12/6/1:0[%2C1.%20]). Acesso em: 20 jul. 2022.

NERI, Renata Viana. **Da posse do estado de filho: fundamento para a filiação socioafetiva**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 jun. 2014. Disponível em:  
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48437&seo=1>. Acesso em: 26 jul. 2022.

NUNES, Lauany Maciel. **Paternidade Socioafetiva: Reflexos Jurídicos e Sociais**. 2020. Disponível em:  
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/paternidade-socioafetiva-reflexos-juridicos-e-sociais>. Acesso em: 23 jul. 2022.

OLIVEIRA, Rogério Alvarez. **Provimento que alterou regras para reconhecimento de filiação socioafetiva**. Consultor Jurídico, São Paulo-SP, setembro, 2019. Disponível em:  
<https://www.conjur.com.br/2019-set-09/provimento-alterou-regras-reconhecimento-filiacao-socioafetiva>. Acesso em: 25 jul. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. 3. ed. Rio de

Janeiro-RJ: Forense, 2021. Disponível em:

[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642557/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright!\]/4/6/3:225\[adv%2Cert\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642557/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright!]/4/6/3:225[adv%2Cert]). Acesso em: 20 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 5000578-34.2021.8.21.0048**, da 8ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, 09 jun. 2022. Disponível em:

[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/aba=jurisprudencia&q=multiparentalidade&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/aba=jurisprudencia&q=multiparentalidade&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso em: 23 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 5005659-76.2020.8.21.0022**, da 7ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 23 fev. 2022. Disponível em: [https://tj-](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1403791032/apelacao-civel-ac-50056597620208210022-rs/inteiro-teor-1403791047)

[rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1403791032/apelacao-civel-ac-50056597620208210022-rs/inteiro-teor-1403791047](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1403791032/apelacao-civel-ac-50056597620208210022-rs/inteiro-teor-1403791047). Acesso em: 23 jul. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70080938632**, da 8ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: José Antônio Daltoe Cezar, 22 ago. 2019. Disponível em: [https://tj-](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936230197/apelacao-civel-ac-70080938632-rs)

[rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936230197/apelacao-civel-ac-70080938632-rs](https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/936230197/apelacao-civel-ac-70080938632-rs). Acesso em: 23 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

**Apelação Cível n.º 0000673-18.2018.8.24.0034**, da 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Luiz Felipe Schuch, 21 maio 2020. Disponível em: [https://tj-](https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105707467/apelacao-civel-ac-6731820188240034-itapiranga-0000673-1820188240034?ref=serp)

[sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105707467/apelacao-civel-ac-6731820188240034-itapiranga-0000673-1820188240034?ref=serp](https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105707467/apelacao-civel-ac-6731820188240034-itapiranga-0000673-1820188240034?ref=serp). Acesso em: 23 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 0300233-75.2017.8.24.0068**, da 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Jorge Luis Costa Beber, 06 fev 2020. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1105309713/apelacao-civel-ac-3002337520178240068-seara-0300233-7520178240068>. Acesso em: 23 jul. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n.º 0007961-55.2015.8.24.0023**, da 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Joel Figueira Júnior, 07 fev 2019. Disponível em: [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora). Acesso em: 23 jul. 2022.

SANTOS, Ozéias J. **Prático do direito de família e RCPN**. São Paulo-SP: Vale do Mogi, 2012.

SCHWERZ, Vanessa Paula. Multiparentalidade: possibilidade e critérios para o seu reconhecimento. **Revista do CEJUR/TJSC, Prestação Jurisdicional, Santa Catarina**, volume v. 1, n. 03, p. 192 – 221, dezembro, 2015. Disponível em: [https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/98#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20pesquisa%20realizada%2C%20identificaram,e%20c\)%20efetiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20garantias%20e](https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/98#:~:text=Ap%C3%B3s%20a%20pesquisa%20realizada%2C%20identificaram,e%20c)%20efetiva%C3%A7%C3%A3o%20das%20garantias%20e). Acesso em: 25 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 17. ed. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2022.

TYBUSCH, Francielle Benini Agne; LEMOS, Luan Martins. A entidade familiar contemporânea e o afeto como gerador de vínculo de parentalidade: a solidificação da multiparentalidade por meio do registro civil. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v. 19, n. 1, p. 301-329, jan./abr. 2019. - e- ISSN 2176-9184.

VASCONCELOS, Isadora Irineu. **A evolução histórica da família na antiguidade e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.** Monografia (Bacharelado em direito) – Universidade Evangélica de Goiás. Anápolis-GO, p. 49, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/597/1/Monografia%20-%20Isadora%20Irineu.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

VILASBOAS, Luana Cavalcante. O novo conceito de família e sua desbiologização no direito brasileiro. **Revista Artigos.Com**, Salvador-BA, volume 13, p. 01-11, janeiro, 2020. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/artigos/article/view/2864/1189>. Acesso em: 24 jul. 2022.

## OS CRIMES PATRIMONIAIS E AS IMUNIDADES NO CONTEXTO DA LEI MARIA DA PENHA

Gabriele de Quadros<sup>1</sup>  
Diana Casarin Zanatta<sup>2</sup>

**RESUMO:** O artigo estabelece uma análise crítica da regra contida Código Penal Brasileiro, que isenta de pena o cônjuge, ascendente ou descendente que pratica crime patrimonial sem violência ou grave ameaça. Parte-se da observação do disposto no artigo 181 do Código Penal, que estabelece verdadeira regra de imunidade para crimes patrimoniais cometidos entre cônjuges, por ascendentes e descendentes uns contra os outros, desde que a conduta a ser imunizada tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa e a vítima não seja idosa. É estabelecido um confronto entre tais imunidades e os objetivos propostos pela Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/06, sendo o principal deles estender uma proteção especial às mulheres vítimas de violência no âmbito do lar, da família e das relações íntimas de afeto. Busca-se verificar se o regramento atinente a tais imunidades está de acordo com o ordenamento jurídico de forma global, incluindo a Constituição Federal de 1988, quando prevê especial proteção à família na pessoa de seus integrantes, ou se, ao contrário, faz-se necessária uma revisão legislativa, nesse ponto. Para tanto, a pesquisa apoia-se em estudo bibliográfico e documental, por meio do método indutivo. O tema possui relevância, já que os crimes patrimoniais têm sido praticados, cada vez mais no âmbito doméstico ou familiar, exigindo uma resposta adequada pelo sistema de Justiça Criminal brasileiro.

**Palavras-chave:** crimes patrimoniais, imunidades penais, Lei Maria da Penha, violência contra a mulher.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito da URI, *Câmpus* de Erechim.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela URI *Câmpus* Santo Ângelo, Professora do Curso de Direito da URI *Campus* Erechim. *E-mail:* dianazanatta@uricer.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora é apresentado estabelece uma análise crítica da regra contida Código Penal Brasileiro, que determina a isenção de pena para o cônjuge, o ascendente ou descendente que praticar um crime patrimonial sem violência ou grave ameaça contra o outro. A regra em questão encontra-se no artigo 181, das disposições gerais, do título II intitulado “Dos Crimes contra o Patrimônio”, da parte especial do Código Penal e, de fato, estabelece verdadeira regra de imunidade para cônjuge, ascendente ou descendente que praticar crimes patrimoniais contra o outro cônjuge, ascendentes e descendentes uns contra os outros.

Para obter a imunidade, basta que a conduta criminosa praticada esteja revestida da seguinte característica: ter sido praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa. Além disso, a vítima em questão, não pode ser pessoa idosa, nos termos da exceção prevista no artigo 183 do Código Penal.

A partir desse regramento, o estudo tem como objetivo, realizar uma análise da história do machismo no Brasil, bem como buscar aprofundar a história da Lei Maria da Penha o porquê da sua criação, para após realizar um comparativo entre o artigo artigo 7º dessa Lei contrapondo tais imunidades. Analisa-se, para tanto, essa legislação considerada como uma política pública afirmativa protecionista às mulheres, seus princípios e objetivos para, na sequência, analisar o disposto no Código Penal, com vistas a verificar se o regramento atinente à imunidade está de acordo com o ordenamento jurídico como um todo, em cotejo com as disposições constitucionais e, assim, deve ser mantido ou se, ao contrário, faz-se necessária uma revisão do texto previsto na lei penal incriminadora.

Para tanto, a pesquisa apoia-se em estudo bibliográfico e documental, por meio do método indutivo, justificando-se, em função da observância de que muitos crimes patrimoniais têm sido praticados,

cada vez mais no âmbito doméstico ou familiar, exigindo uma resposta adequada pelo sistema de Justiça Criminal brasileiro.

## 2 A SOCIEDADE PATRIARCAL E A LEI MARIA DA PENHA

Ao apropriar-se da realidade sexual, o machismo, em efeito de mistificação, super codifica a representação de uma relação de poder (papéis sexuais, símbolos, imagens, etc) (DRUMMONT, 1980). Assim, o machismo passa a representar e colocar em prática a dominação do homem sobre a mulher na sociedade.

Esse sistema preconceituoso, chamado de machismo, está inserido principalmente nos ambientes familiares, onde são construídas as regras e normas da vida social. O processo de educação transmite a cada um as regras e os valores construídos pelos que antecederam (GIKOVATE, 1989). Cada pessoa é estimulada a aprender tudo àquilo que a cultura considera como importante no processo da vida em sociedade e é a partir dessa bagagem que certo padrão pessoal de vida masculina é inserido.

Há poucos anos, conforme estabelecia o Código Civil de 1916, as mulheres eram relativamente incapazes e a prática de atos como comprar, vender e trabalhar dependia da anuência de seus maridos. O casamento era indissolúvel e a adoção do sobrenome do marido era obrigatória. Os filhos concebidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, o que desonerou o pai e atribuiu à mãe as responsabilidades com a criança *bastarda*, como forma de punição simbólica ao desrespeito com a família (MARTINS, 2014).

Essa subversão da mulher ao homem foi recuperada com o advento do Estatuto da Mulher Casada em 1962. A partir de então, as mulheres recuperaram sua plena capacidade civil. Apenas neste momento, tornou-se inexigível a permissão masculina das mulheres para trabalhar. Já a indissolubilidade do casamento foi revogada

somente em 1977, quando se aprovou a Lei do Divórcio. A alteração significativa do status da mulher diante da lei se deu apenas com a Constituição de 1988. Pela primeira vez, há apenas 26 anos, enfatizou-se a igualdade entre homens e mulheres – em direitos e obrigações – no ordenamento jurídico brasileiro. Seguramente, este é um processo muito recente (MARTINS, 2014).

No que diz respeito a políticas de prevenção contra a violência de gênero no Brasil, dados informam que os primeiros estudos acerca da violência de gênero começaram a surgir na década de 80 e os objetivos desses estudos eram, em primeiro plano, conhecer quais os crimes frequentemente denunciados e os agressores, bem como os perfis, tanto de agressores como de agredidos, para a formulação de estratégias públicas, tanto para reprimir essa violência quanto para prevenir (CORTES *et al.*, 2015, p. 4). Nesse viés, nota-se que o objetivo do Estado não era de equidade entre os sexos, pois a mulher ainda não era vista como sujeito de direitos, mesmo com a ocorrência da mudança legislativa civilista.

Um grande exemplo disso, é a história da brasileira que deu o nome a Lei Maria da Penha, pois durante anos sofreu agressões de seu esposo, bem como sofreu com o grande descaso do Estado brasileiro<sup>1</sup>. Após denunciar o agressor, Maria da Penha deparou-se com um cenário que muitas mulheres enfrentavam em casos de violência: incredulidade e falta de apoio legal por parte da justiça brasileira. Na época, abria-se margem para que a defesa do agressor alegasse irregularidades no processo, mantendo-o em liberdade, enquanto aguardava julgamento (FUNDO BRASIL, 2022).

Com o processo ainda em trâmite, a cearense escreveu o livro “Sobrevivi... posso contar”, em 1994, narrando as violências sofridas por ela e por suas três filhas. Com o apoio advindo após a publicação de seu livro, Maria acionou Centro pela Justiça e o Direito

---

<sup>1</sup> Maria da Penha é farmacêutica e natural do Ceará, no decorrer de sua vida sofreu diversas agressões pelo seu companheiro. No ano de 1983, o cônjuge tentou matá-la com um tiro de espingarda. A brasileira escapou da morte, mas ficou paraplégica. Após vários dias internada e recebendo diversos medicamentos, Maria voltou para casa e dessa vez, o marido tentou eletrocutá-la.

Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Estes órgãos encaminharam seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1998 (FUNDO BRASIL, 2022).

Somente em 2002 o caso foi solucionado, sendo o Estado brasileiro condenado por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, o Brasil teve que assumir o compromisso de reformular as suas leis e políticas em relação à violência doméstica (FUNDO BRASIL, 2022). Esse cenário serviu como pano de fundo para a criação da Lei de proteção à mulher, que receberia o nome de Maria da Penha, como passa a ser abordado.

### **3 A LEI MARIA DA PENHA E AS IMUNIDADES PATRIMONIAIS**

A Lei Maria da Penha é um dispositivo multidisciplinar que foi sancionado em 07 de agosto de 2006, com o objetivo de consolidar a igualdade entre homens e mulheres, prevista no art. 5º, inciso I da Constituição Federal, sendo ela considerada uma política pública afirmativa (MORETZSOHN; BURIN, 2021). No seu artigo 1º, a Lei Maria da Penha define o seu objetivo: coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Tal preocupação encontra-se ancorada no §8º do art. 226 da Constituição Federal, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e em outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Assim, veja-se que a Lei Maria da Penha objetiva coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico familiar ou

advinda de uma relação íntima de afeto. Adiciona-se que não se trata de uma norma puntilhista, sendo em verdade um microsistema de proteção ao direito das mulheres, que prevê, exemplificadamente, cinco tipos de violência doméstica (MORETZSOHN, BURIN, 2021).

O Capítulo II, Artigo 7º da Lei nº 11.340/06, define as 5 formas de violência doméstica ou familiar contra a mulher:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Como pode-se notar, uma das formas de violência mais corriqueiras é a violência patrimonial, que advém da histórica desvantagem econômica da mulher em relação ao homem (MORETZSOHN, BURIN, 2021). Quando se fala em violência patrimonial, a Lei Maria da Penha define como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos destinados a satisfazer as suas necessidades (DIAS, 2010).

Cabe ressaltar que a violência patrimonial é uma das grandes responsáveis por fazer as mulheres não saírem do ciclo dos relacionamentos abusivos, ainda mais quando elas dependem financeiramente do agressor (LEWGOY, 2021).

A violência patrimonial costuma vir acompanhada de outros tipos de violência. Agressões verbais ou físicas, contudo, são mais reconhecidas. Segundo o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, foram recebidas 3 mil denúncias de crimes contra a segurança financeira com vítimas do gênero feminino em 2020. O número é bem baixo se comparado, por exemplo, às denúncias de violência psicológica divulgadas pela pasta, 106,6 mil (LEWGOY, 2021).

Nesse sentido, pode-se dizer que a violência patrimonial também vem acompanhada de outros tipos de violência tipificadas no ordenamento jurídico, o que causa maior sofrimento às vítimas de violência doméstica.

A violência patrimonial encontra amparo no Título II da Parte Especial do Código Penal, denominada dos Crimes Contra o Patrimônio, que prevê, entre outros, os crimes de furto, apropriação indébita, roubo e extorsão. Salienta-se que o Código Penal, nesse mesmo título, previu as denominadas escusas absolutórias, contidas nos artigos 181 e 182.

Nesse aspecto, é possível questionar se a Lei Maria da Penha, ao prever a violência patrimonial como uma forma de violência contra a mulher, não estaria disciplinando contrariamente às imunidades penais dispostas nos artigos 181 a 182 do Código Penal. Veja-se a redação do artigo 181 do Código Penal:

Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:  
I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;  
II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. (BRASIL, 1940).

Como se percebe, trata-se de regra de imunidade absoluta, posto que, com exceção das exceções legalmente previstas, não é possível deixar se ser aplicada. Já o artigo 182 do Código Pena possui a seguinte redação:

Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:  
I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;  
II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;  
III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita. (BRASIL, 1940).

Veja-se que o artigo 182 prevê uma espécie de imunidade tida como relativa (BIANCHINI, 2014). Significa que quando os cônjuges forem separados – já que não existe mais a figura do *desquite* – o cônjuge vítima deverá provocar a ação do Estado, ofertando a representação. Por outro lado, o artigo 183 do Código Penal estabelece os casos em que tais imunidades não serão aplicadas. Veja-se:

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:  
I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;  
II - ao estranho que participa do crime.

III – se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (BRASIL, 1940).

Segundo Bitencourt (2006), o artigo 181 do Código Penal trata de imunidades absolutas, sendo condições negativas da punibilidade, pois excluem a possibilidade de aplicação da pena no caso dos cônjuges na constância da sociedade conjugal e dos ascendentes e descendentes.

Há que se observar o seguinte: por se tratar de regra de imunidade, a interpretação deve ser extensiva, ou seja, estende-se também para companheiro ou companheira que pratique a conduta acobertada pela regra imunizante (DIAS, 2010). Assim, ressalta-se que trata-se da analogia feita em *bonam partem*, podendo ser extensiva.

Já no que diz respeito ao artigo 182 do Código Penal, como visto, fala-se em imunidades penais relativas. À vista disso, ao contrário das imunidades absolutas, não constituem causa de extinção da punibilidade, mas condições objetivas de procedibilidade. Nesse caso, enquadram-se os cônjuges em fase de separação judicial, irmãos e tios ou sobrinhos que coabitam. Vale ressaltar que a lei determina que nesses casos, a ação penal depende da representação do lesado.

Para Capez (2012, p. 436) “o autor do crime não é isento de pena, mas os crimes de ação penal incondicionada passam a ser condicionados à representação do ofendido”. É ainda prevista a possibilidade de condicionar a persecução penal ao interesse da vítima (representação criminal) nos casos em que o crime patrimonial for cometido em detrimento do patrimônio de cônjuge separado judicialmente, de irmão ou de tio ou sobrinho com quem o agente coabita. São hipóteses de imunidade relativa que também exigem que o crime não seja cometido com grave ameaça ou mediante violência contra a pessoa.

No que tange o artigo 183 do Código Penal, preceitua-se que há hipóteses em que, se cometido crime patrimonial contra determinadas pessoas envolvidas por laços familiares, esses serão

passíveis de punições, devendo ser apurado mediante Ação Penal Pública Incondicionada. Ressalta-se ainda que, o artigo 183 do Código Penal recebeu nova redação por conta da criação do Estatuto do idoso, acrescentando-se o inciso “III”, qual consta que se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, não será aplicada as imunidades. Infelizmente, com a criação da Lei Maria da Penha, tal artigo não ganhou nova redação.

Da leitura das disposições afetas às imunidades penais com o artigo 7º d Lei Maria da Penha, percebe-se que há um descompasso entre a efetiva proteção que a Lei Maria da Penha busca e as imunidades patrimoniais elencadas pelo Código Penal. Nesse viés, a doutrina chega a suscitar a hipótese de não aplicação de tais imunidades, quando se tratar de violência patrimonial contra a mulher (CABETTE, 2016).

Segundo parte da doutrina, evidencia-se, ao se aplicar as escusas absolutórias aos crimes praticados no âmbito da violência doméstica, seria uma espécie de afronta à especialidade da Lei Maria da Penha e da Convenção do Belém do Pará, esta última com status supralegal, após controle de convencionalidade (MORETZSOHN, BURIN, 2021). Veja-se:

A partir da vigência da Lei Maria da Penha, o varão que ‘subtrair’ objetos da sua mulher pratica violência patrimonial (art. 7º., IV). Diante da nova definição de violência doméstica, que compreende a violência patrimonial, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as imunidades absoluta ou relativa dos arts. 181 e 182 do Código Penal. Não mais chancelando o furto nas relações afetivas, cabe o processo e a condenação, sujeitando-se o réu ao agravamento da pena (CP, art. 61, II, f). (DIAS, 2010).

Essa parcela da doutrina cita, inclusive, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 1º de Outubro de 2003 afirmando que: “além de dispensar a representação, expressamente prevê a não aplicação desta causa de isenção de pena quando a vítima tiver mais de 60 anos”

(DIAS, 2010, p. 71). Todavia, parcela majoritária na doutrina já concluiu que tal argumento não prospera, justamente pelo fato de que a exclusão da imunidade absoluta para idosos (artigo 183, III do CP) foi inserida na norma penal pelo Estatuto do Idoso, por outro lado, a norma esculpida na Lei Maria da Penha, não recebeu tal redação (MORETZSOHN, BURIN, 2021).

Assim, no caso dos idosos, o legislador positivou expressamente o afastamento das escusas absolutórias, quando o crime for praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Não existe disposição similar relacionada às mulheres em contexto de violência doméstica e familiar (MORETZSOHN, BURIN, 2021). Logo, não haveria como excluir-se a regra de imunidade, em tais casos.

Veja-se que Cunha e Pinto (2011), no mesmo viés, entendem que a redação da Lei Maria da Penha não afastou as imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, razão pela qual devem ser aplicadas. Para tais doutrinadores (2011, p. 61), “somente uma declaração expressa contida na lei teria o condão de revogar os dispositivos do Código Penal. E tal revogação não é vista, quer parcial quer totalmente, no estatuto em exame Lei Maria da Penha”<sup>1</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência encontra-se diretamente compactuada com o fundamento de que, não estando positivada no Código Penal a Lei Maria da Penha, no que tange aos crimes patrimoniais, não há como não ser aplicadas tais imunidades. Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decide:

Ementa: APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA, COMETIDO CONTRA EX-COMPANHEIRA, NO CURSO DA UNIÃO ESTÁVEL. ARTIGO 181, INC. I, DO CP. ESCUSA ABSOLUTÓRIA DESCRITA NO ARTIGO 181, INCISO I, DO CP, NÃO REVOGADA PELA LEI MARIA DA PENHA.

---

<sup>1</sup> Defendendo esse mesmo pensamento cita-se juristas como Wilson Lavorenti, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller.

ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA CONFIRMADA. - IMUNIDADE ABSOLUTA. APLICABILIDADE. FURTO COMETIDO CONTRA EX-COMPANHEIRA. O inciso I do artigo 181 do CP prevê, como causa pessoal de exclusão da pena, ter sido o crime cometido em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal. Causa de imunidade penal absoluta reservada ao agente que pratica o delito contra a companheira no âmbito da união conjugal ou em situação de união estável, assim reconhecida, constitucionalmente, como entidade familiar. Além, disso, é preciso observar que a Lei 11.340/2006 não revogou o inciso I do artigo 181 do Código Penal, tampouco estabeleceu, como exceção à norma nele inserta, o crime de natureza patrimonial cometido contra a mulher no âmbito da sociedade conjugal - assim como determinou expressamente a Lei nº 10.741/2003 em relação aos crimes praticados contra idoso -, sequer mostrando-se possível cogitar a revogação tácita da norma em prejuízo do réu. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Crime, Nº 70076890805, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em: 25-07-2018) Data de Julgamento: 25-07-2018. Publicação: 15-08-2018

Como pode-se observar, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entende ser causa de imunidade absoluta o crime cometido em prejuízo do cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou até mesmo no âmbito da União Estável (analogia em bonam partem). Ressalta que a jurisprudência acima citada fundamenta-se no sentido de que a Lei 11.340/06 não revogou o artigo 181 do Código Penal, tampouco exceções à norma. Assim, percebe-se o quão seria de grande importância a positivação da Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico penal, visto que assim teria sua eficácia plena.

Nesse mesmo sentido, vem a corroborar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ementa: Apelação. Crime de dano qualificado. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. A *imunidade* absoluta prevista no artigo 181, I, do Código Penal aplica-se à união estável. 2. A *Lei* nº 11.340/06 não derogou o artigo 181, I, do Código Penal, de sorte que subsiste a *imunidade* absoluta, ainda que o crime seja

cometido com violência doméstica e domiciliar, observando-se as restrições à escusa absolutória constantes do Código Penal (artigo 183, do Código Penal). Conduta do acusado que se acha isenta de pena. Recurso provido, para absolver o réu.

Nesse caso, observa-se que o réu foi absolvido por conta da alegação da defesa no sentido de que a conduta se enquadraria nas imunidades do Artigo 181 do Código Penal, assim, recebeu a absolvição.

Adicione-se que ao interpretar extensivamente o conceito de violência patrimonial trazido pela Lei Maria da Penha, a fim de subtrair direitos fundamentais do autor dos fatos, fere o princípio da legalidade, na medida em que configura uma interpretação *in malam partem*, que não se pode admitir no Direito Penal pátrio (MORETZSOHN, BURIN, 2021).

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, ao final do estudo, conclui-se que, embora as imunidades estabelecidas nos artigos 181 e 182 do Código Penal brasileiro não estejam em conformidade com o sentido de conferir maior proteção legal à mulher vítima de violência patrimonial, no contexto da Lei Maria da Penha, pelo que foi exposto, não se mostra possível afastá-las, no sistema de Justiça Criminal brasileiro.

De fato, em homenagem ao princípio da Legalidade, garantia constitucional, para que fosse afastada a regra de imunidade estabelecida para o cônjuge, ascendente ou descendente que pratique crime patrimonial sem violência ou grave ameaça à pessoa, no contexto da Lei Maria da Penha, teria que haver previsão expressa nesse sentido, o que hoje não ocorre.

Em função disso, entende-se que cabe ao legislador ordinário aprovar lei alteradora do Código Penal – à semelhança do que ocorreu com o Estatuto do Idoso - , afastando expressamente as regras de imunidade, quando o crime patrimonial envolver violência doméstica e/ou familiar contra a mulher.

A luz disso, em 2017 foi criado o Projeto de Lei 7360 de 2017, que objetivava o incremento do inciso “IV” no artigo 183, que assim ficaria redigido: “[...] IV – se o crime é praticado em face de pessoa portadora de deficiência mental, judicialmente interdita, ou, ainda, padecida de grave moléstia física (NR)”. Percebe-se que mais uma vez, a violência patrimonial contra a mulher em situação de violência doméstica é deixada de lado. Entretanto, o Projeto de Lei acima referido foi arquivado por ser declarado prejudicado em face da aprovação do Substitutivo da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania ao Projeto de Lei nº 3.764, de 2004 (Sessão Deliberativa Extraordinária Virtual de 8/3/2022 – 13h55 – 12ª Sessão).

Atualmente, há um Projeto de Lei (PL Nº 1284, DE 2021) criado pelo Senador Jorge Kajuru, que também visa introduzir o inciso “IV” no artigo 183 do Código Penal. Essa inserção caso aprovada terá a seguinte redação: “[...] VI - se o crime é cometido em contexto de violência doméstica ou familiar, ainda que a violência ou a grave ameaça não constitua elemento do tipo.”

Por conseguinte, pode-se afirmar que com essa mudança legislativa, além de aperfeiçoar a legislação penal, promoverá o incremento da proteção da mulher em situação de violência doméstica ou familiar. Assim, de fato irá se cumprir o objetivo final da Lei Maria da Penha, qual seja, a proteção à mulher.

Outra solução, seria o veto dos artigos 181 e 182 do Código Penal. Nesse caso, tais imunidades não seriam mais aplicadas sob qualquer ótica, o que de certa forma, acarretaria maior segurança legislativa às vítimas desse tipo de violência.

Com isso o Código Penal estará em consonância com o que dele se espera nessa matéria, ou seja, que atenda o sentido de maior proteção à vítima mulher, quando tiver seu bem jurídico patrimonial

lesado ou ameaçado de lesão por um cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.

Nesse viés, infere-se que diante de todos os dados e argumentos expostos no presente trabalho, conclui-se que a violência patrimonial é uma das mais corriqueiras no Brasil, ademais, ela não surge sozinha, mas é acompanhada de outros tipos de violência, como a violência física e psicológica.

Cabe ainda ressaltar que mesmo sendo silenciosa, este tipo de violência causa grandes danos à vítima, sendo na esfera psicológica, física, mental, mas principalmente material, tornando cada vez mais difícil a “fuga” desse ambiente hostil.

Diante de todo exposto, infere-se o quão importante se faz o estudo deste tema que é tão pertinente a luz da legislação brasileira, mas também, se faz importante na mudança de vida das vítimas que passam por tal violência.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice (ed.). **Aplicam-se as imunidades penais para a violência doméstica e familiar contra a mulher?**: Conflito aparente entre os arts. 181 e 182 do CP e o art. 7º, IV da Lei Maria da Penha. 2014. Disponível em:

<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/136291477/aplicam-se-as-imunidades-penais-para-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 3:** parte especial. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. Vol. 3, p. 382.

BRASIL, **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal.**

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, DF: Senado Federal, 2016. 496 p.

BRASIL, **Lei nº 11.340/06**. Lei Maria da Penha. 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) Acesso em: 29 ago.2022

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/197585671/reflexos-da-lei-maria-da-penha-nas-imunidades-dos-crimes-patrimoniais#:~:text=No%20caso%20dos%20c%C3%B4njuges%20na,autor%20ficar%C3%A1%20isento%20de%20pena.> Acesso em: 22 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Código Penal Comentado**. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 436.

CORTES, Janaina *et al.* **A educação machista e seu reflexo como forma de violência institucional**. 2015. 10 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Cruz Alta, Cruz Alta, 2015.

DRUMONTT, Mary Pimentel. Elementos Para Uma Análise do Machismo. **Perspectivas**, São Paulo, v.3, p. 81-85, 1980.

FUNDO BRASIL. Fundo Brasil. **Lei Maria da Penha: história e fatos principais**. Disponível em: <https://www.fundobrasil.org.br/blog/lei-maria-da-penha-historia-e-fatos-principais/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

GIKOVATE, Flávio. **Homem: O Sexo Frágil**. MG Editores Associados, 1989.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Tipos de Violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 30 ago. 2022.

LEWGOY, Júlia. **Violência patrimonial, quase invisível, destrói a vida de mulheres.** Entenda. 2021. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2021/05/10/violencia-patrimonial-quase-invisivel-destrui-a-vida-de-mulheres-entenda.ghtml>.. Acesso em: 05 set. 2022.

MARTINS, Ana Paula Antunes. **O machismo no Brasil.** 2014. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/o-machismo-brasil-por-ana-paula-antunes-martins/#:~:text=Decorrem%20de%20tens%C3%B5es%20e%20intensos,igualdade%20entre%20homens%20e%20mulheres..> Acesso em: 08 ago. 2022.

MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. **Violência patrimonial contra as mulheres e escusas absolutórias.** 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-24/questao-genero-violencia-patrimonial-mulheres-escusas-absolutorias>. Acesso em: 30 ago. 2022.

# HERANÇA DIGITAL: A SUCESSÃO DAS REDES SOCIAIS

Hérica da Silva Lése<sup>1</sup>

Giana Lisa Zanardo Sartori<sup>2</sup>

**RESUMO:** A intenção do presente artigo é abordar os aspectos acerca da herança digital, com aporte na possibilidade de sucessão das redes sociais e sua valoração econômica. Com a realidade do mundo globalizado e hiperconectado, as redes sociais saíram de seu pressuposto incipiente de comunicação e passaram a ganhar relevância no que diz respeito a utilização como meio de entretenimento com criação de uma nova ferramenta de trabalho e conseqüente geração de renda. Outrossim, discorre sobre as modificações que estão ocorrendo dentro do direito sucessório, decorrentes do exponencial avanço tecnológico e da classificação dos bens e patrimônio deixado pela pessoa falecida no núcleo digital. Considerando ser um campo que sofre constantes modificações e que a maior parte da população brasileira está conectada, muitas são as inseguranças jurídicas que permeiam, visto que no Brasil ainda não foi criada legislação específica. Para a elaboração do trabalho, empregou-se o método de revisão literária, considerando obras e artigos científicos relacionados ao tema, abordando as características balizadoras das redes sociais e sua influência na esfera sucessória.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do 10 ° semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai

e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* herica\_lese@hotmail.com.

<sup>2</sup> Graduada em Direito e especialização em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Doutorado em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália (2013). Professora dos Cursos de Direito, Medicina, Fisioterapia e Arquitetura e Urbanismo da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Erechim. Mediadora Judicial formada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

**Palavras-chave:** herança digital, direito sucessório, bens digitais, redes sociais.

## 1 INTRODUÇÃO

É de imensurável conhecimento que uma das grandes preocupações do ser humano condiz com a influência patrimonial, de forma que a perfectibilização da herança se faz presente desde os primórdios da humanidade.

Desta forma, o direito sucessório foi criado visando sanar as lacunas deixadas pelo falecimento do sujeito. O direito das sucessões possui ampla conceituação, mas, em suma, pode ser definido como um conjunto de normas que visa estabelecer e disciplinar a transferência de bens da pessoa falecida para seus herdeiros e sucessores.

Este instituto é um ramo de extrema importância ao Direito Civil brasileiro e que passa por constantes renovações, sobretudo nos dias atuais. Como característica, esse aprimoramento não deixa de observar sua função incipiente.

Notável se faz que a sociedade mundial sofreu diversas evoluções ao longo de sua história e, com a expansão globalizada da tecnologia, que a cada dia se modifica e reinventa, as relações e interações sociais vem ganhando novas interpretações. Com a criação dos computadores e da rede de internet, qualquer pessoa pode ter acesso as mais diversas informações.

Nesse sentido, comprovada a necessidade e dependência virtual a que estamos inseridos, os costumes e funções da sociedade também modificaram. Atualmente podemos conversar e receber notícias de qualquer pessoa no mundo, basta criar um perfil em uma rede social.

Claro que com essa mudança de costumes alguns institutos antigos do direito vêm carecendo de adaptações, caso que se vê no ramo do direito sucessório. Delimitadas as questões atinentes a esse

campo, a criação da chamada “herança digital” vem ganhando interesse dentro da sociedade.

Sobre estes aspectos, o presente trabalho visa dissertar acerca das modificações advindas com os avanços tecnológicos e sua inconfundível influência no estabelecimento sucessório. Em especial, será abordada a adaptação social advinda com as novas camadas hiperconectadas da sociedade diante do desenvolvimento das redes sociais e sua valorização econômica.

## **2 A CRIAÇÃO DAS REDES SOCIAIS E SUA VALORIZAÇÃO COMO PATRIMÔNIO DIGITAL**

Partindo do pressuposto de que o ser humano é essencialmente sociável, com a chegada da internet se viu mais uma oportunidade de expandir os caminhos da comunicação e formação de grupos com a finalidade de compartilhar interesses comuns (LACERDA, 2022). Uma das criações tecnológicas mais utilizadas são as redes sociais. Fornecendo inesgotável abastecimento de informações, alterou tanto processos culturais, quanto fatores econômicos (KLEIN, 2021).

Zampier (2022, p. 46-47) conceitua essa ferramenta da seguinte forma:

As redes sociais são sítios de Internet que permitem ao usuário criar e exibir um perfil, relatando suas experiências pessoais, publicando suas opiniões, postando vídeos e fotografias, enfim, conversar e interagir com familiares, amigos, colegas de trabalho, da comunidade ou mesmo com desconhecidos. Permite-se com isso a criação de um perfil público (ou semipúblico), a partir do qual haverá compartilhamento e publicações de conteúdos variados.

No Brasil a chegada das redes sociais no formato como conhecemos nos dias atuais ocorreu no ano de 2004, quando apresentado o extinto Orkut, criado por uma das empresas pioneiras e de maior destaque no mundo digital, o Google. Algum tempo depois, elaborada por estudantes da renomada Universidade de Harvard, surgiu o Facebook, atualmente detentor de bilhões de informação advindas de seus usuários (ZAMPIER, 2022).

Com a entrada das redes sociais, muitos perfis pessoais foram ganhando visibilidade e, conseqüentemente, se viu potencial monetário para criar uma ferramenta de trabalho voltada ao ganho de valoração econômica dos perfis sociais criados na internet, trazendo mais um ramo de profissão, o de “influenciador digital”. Em curto espaço de tempo, os artistas e pessoas céleres também aderiram a estes meios de comunicação.

Constantemente essas redes vem ganhando concorrências, com a criação de plataformas cada vez mais diferenciadas e com novas propostas de interação entre os usuários, com é o caso do *Instagram*, *Twitter*, *TikTok*, dentre outros. Tamanho é o sucesso dessas plataformas que até mesmo órgãos públicos e governamentais aderiram à sua utilização, alguns deles são o Senado Federal e Supremo Tribunal de Justiça (LACERDA, 2022).

Além da sua utilidade informativa e de compartilhamento de memórias, essa cadeia social para além de um dispositivo de entretenimento, foi apoderada pelo marketing. Atualmente serve de porta de entrada para empresas oferecerem seus produtos e desenvolverem seu comercial. Marcas já conceituadas e com nomes importantes nas mais diversas áreas de ação procuram as redes sociais, como é o caso de importantes redes de *fast food* como o McDonald's e o Burguer King, (FREITAS; FERRAGINI; COSTA, 2017).

Indubitavelmente, os conteúdos publicados nessas plataformas passaram a ser suscetíveis de valoração econômica, no entanto, deve ser feita uma distinção daqueles que geram monetização com cunho exclusivamente empresarial, daqueles que a atividade não compreende finalidade de empresa (LACERDA, 2022). Antes de

abordar esse aspecto, no entanto, necessário aqui esclarecer acerca do que é considerado patrimônio digital.

Nesse toar, os bens ligados ao direito da personalidade com ou sem interesse econômico podem ser considerados patrimônio, não mais se pode observar apenas os conceitos advindos da doutrina clássica, uma vez que o patrimônio atualmente não se limita aos aspectos monetários. Além disso, os “bens digitais” são considerados como um gênero patrimonial e as contas e dados pessoais no meio digital são classificados como espécies (KLEIN, 2021).

No mesmo sentido, para Zampier (2022), os bens digitais podem ser compreendidos como de natureza incorpórea, uma vez que as informações depositadas progressivamente na sociedade digital, sejam de caráter pessoal ou com cunho econômico, ficam armazenada em sítios ou inseridas em pastas de armazenamento virtual, como as “nuvens”.

Ademais, nas palavras de Klein (2021, p. 68-69):

[...] define-se bens digitais como todos os bens incorpóreos estruturados e formato codificado por dígitos binários e que apenas podem ser acessados por um sistema computacional. Destaca-se que não se trata de uma nova categoria de bens, mas sim uma moderna subespécie de bens incorpóreos. São bens os quais não se relacionam com objetos do mundo real, não havendo troca de elementos físicos. Ilustram-se por meio de filmes, músicas e publicações em arquivos digitais ou serviços de streaming, software, arte, fotografia, desenhos em formato digital, serviços de comunicações e dados pessoais fornecidos digitalmente. A lista de bens digitais é extensa e cresce a cada dia, à medida que a tecnologia digitaliza o cotidiano ao nosso redor.

Voltando ao que se refere a monetização dos perfis em redes sociais, Lacerda (2022) esclarece que essa possibilidade monetária, que se volta ao instituto sucessório, só pode ser considerada aos perfis criados por pessoas físicas, podendo ser público ou privado, sem perder sua finalidade pessoal. A título de curiosidade, aqui pode adentrar a existência dos perfis pessoas de autoridades públicas, como

as do Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, que possui engajamento considerável em plataformas como *Twitter* e *Instagram*.

Ainda, salienta que nesse toar não incidem as páginas criadas em redes sociais por empresas, uma vez que estas devem ser analisadas à luz do direito empresarial e não podem se confundir com o patrimônio digital hereditário, que se volta exclusivamente às pessoas presentes nas redes e a utilidade de seu perfil pessoal (LACERDA, 2022).

Os bens digitais suscetíveis de valoração econômica provenientes dos perfis em redes sociais são considerados aqueles que precedem da manifestação criativa de seu titular. Em especial, essa monetização é voltada para expressões artísticas, amparadas pelo direito intelectual e ou autoral sem disposição empresarial. Como exemplo, podem ser citadas as *cryptoartes*, onde sua manifestação mais conhecida é o famoso “meme”, podendo ser vendido através de NFTs (non-fungible tokens) ou, em sua forma mais simples, gerando engajamento social e incidindo aquela monetização padrão da plataforma em que publicada (LACERDA, 2022).

Para além das redes sociais com valoração econômica, a herança digital também pode ser utilizada para aquelas contas de uso estritamente pessoal e de interação exclusiva ente amigos e conhecidos. Nesses casos, a ascendência da disposição patrimonial se limita ao ambiente personalíssimo, não mais incidindo monetização e se limitando aos “termos de uso” de cada plataforma (BARBOSA, 2017).

Nesse toar, também há as contas em perfis sociais focadas em atividades intelectuais que não visam atividades de mercado, mas influenciam diretamente na personalidade profissional do usuário, como contas de advogados e membros da magistratura, criando uma classificação denominada como “estabelecimento civil na Internet” (LACERDA, 2022 apud BARBOSA, 2017). No entanto, nesses casos ocorre a descaracterização dessas contas como um bem patrimonial em si, devendo os usuários compartilhar conteúdo sem fins lucrativos e, no caso de advogados, o Código de Ética que rege a profissão proíbe

expressamente a publicidade de angariamento de clientela (LACERDA, 2022).

Após as pontuações acerca da criação e classificação das redes sociais, no momento tão essenciais e indispensáveis ao convívio em sociedade, necessário continuar abordando acerca de sua transcendência como patrimônio sucessório.

### 3 INCIDÊNCIA DA HERANÇA DIGITAL

Dentro dessa ideia e, aliado a necessidade humana de comunicação e entretenimento, surge a premência de adequar as legislações existentes. Verifica-se uma drástica mudança na relação entre o ser humano e a máquina, a qual levou a ampliação dos direitos sucessórios, estendendo-se para além daqueles já concebidos, adentrando ao direito oriundo do mundo digital (KLEIN, 2021). Assim, não se pode deixar de notar que o direito sucessório vem sofrendo grande impacto, dada a possibilidade de familiares manter ativos acervos digitais deixados pelo de cujus (CARILLO; ALBUQUERQUE, 2020).

Conforme artigo publicado pela Forbes em 2020, as plataformas sociais ligadas a internet vêm crescendo de forma exponencial. Como exemplo da grande movimentação econômica, os *Youtubers* mais famosos do mundo tiveram um aumento de 30% na receita total em comparativo à vigência do ano de 2019. Os valores recebidos pelas pessoas por trás destas contas nas redes chegaram à marca dos US\$ 211 milhões de dólares (FORBES, 2020).

Assim, notório se faz analisar os aspectos da herança também voltado a exploração econômica destes perfis em redes social. Conforme bem apostado por Netto (2020, p.14-15):

Destarte, se torna de suma relevância o destacado a seguir: É importante avaliar se os bens digitais do falecido podem ser uma

fonte de renda aos familiares, uma vez que, com a crescente indústria de publicidade nas redes sociais, desenvolvidas por figuras públicas, nos quais se encaixam os influenciadores digitais, grande parte da renda provém de postagens de conteúdos nas redes sociais, e que após a sua morte, o perfil poderia gerar rendimentos financeiros componentes do patrimônio a ser transmitido aos herdeiros.

As razões pelas quais recaem a vontade dos familiares em utilizar o perfil da pessoa falecida pode se dar por diversas razões e finalidades distintas. Podem decorrer pela relação sentimental, mantendo preservada a memória do ente querido e até mesmo como espaço para deixar guardadas boas recordações e homenagens, assim como também podem servir de espaço para continuar a carregar o nome da pessoa falecida, gerando produtos e conteúdos com valoração econômica expressiva (HONORATO; LEAL, 2021).

No entanto, diante de tal atualidade, quando do falecimento dos usuários, os familiares encontram dúvidas quando à utilização das redes sociais e demais arquivos digitais deixados pelo de cujus, observando que poucas plataformas oferecem opções a fim de auxiliar no direcionamento sucessório (CALDAS; MORAES, 2019). Importante observar que, com o decorrer dos anos e o palpável amadurecimento social, a sucessão de bens digitais adquiriu relevância e carência de legislação própria.

Avançando ainda mais nas mudanças do cenário hereditário, surgiu uma espécie de “testamento digital”. Este instrumento, por lógica, apenas regulamenta o acervo digital de plataformas que consideram a sua existência e direcionam previamente o tratamento que estas redes sociais devem ganhar aos o falecimento de seu titular, bem como dá diretrizes acerca dos itens que precisam ser excluídos ou mantidos pelo novo administrador da conta (HONORATO; LEAL, 2021).

Como trata-se de matéria pouco conhecida, Honorato e Leal (2021, p. 148-149) buscaram exemplificar como se dá a aplicação deste testamento.

O Gmail, por exemplo, passou a permitir que seus usuários estabeleçam uma espécie de testamento digital, no qual o titular pode indicar a destinação de sua conta após seu falecimento: se a plataforma deverá excluí-la ou se deverá fornecer acesso à determinada(s) pessoa(s). O interessante é que o óbito pode ser verificado através de padrões estabelecidos na própria conta. Ilustrando-se: pode o usuário indicar que se ele ficar sem usar sua conta de e-mail por determinados dias – trinta dias, por exemplo -, o Gmail enviar e-mail para três pessoas indicadas por aquele, a fim de que estas confirmem ou não o falecimento. Em havendo a confirmação, cabe à empresa a aplicação do decidido pelo morto diretamente na plataforma, sem a necessidade de que este tivesse realizado um testamento público ou particular.

Nesse ínterim, surgem dúvidas quanto as dificuldades que essa modernização nos institutos da herança pode causar, em especial quando considerado o quanto a valoração do perfil social pode influenciar no cálculo e levantamento da legítima. Sobretudo, o testamento público demonstra deter mais valor do que aquele efetivados nas plataformas de redes social, em razão ser realizado por tabelião e assinado por testemunhas idôneas, sanando qualquer obstáculo quanto à capacidade de testar e a influência de terceiros na manifestação de última vontade a ser elaborada, idoneidade essa que ainda não se encontra nas manifestações de última vontade produzidas em plataformas digitais (HONORATO; LEAL, 2021).

Sob este aspecto, caminhando conforme a ótica abordada anteriormente sobre o instituto da sucessão hereditária, aqui é muito valorizado o planejamento sucessório, deixando o falecido disposições que facilitam o transpasse da conta a quem confia sua administração. Além daquelas formas estabelecidas pelo Código Civil brasileiro, foram criados meios informais de perfazer tal planejamento (HONORATO; LEAL, 2021).

Grandes plataformas digitais como o Google passaram a fornecer aos seus usuários a possibilidade de gerenciar sua conta, deixando definido o que acontecer com arquivos digitais quando a

conta ficar inativa, sem movimentação, por um determinado período de tempo. Tal ferramenta é chamada de “gerenciador de contas inativas”. Outras plataformas como o *Instagram* e *Facebook* também oferecem ferramentas como o intuito de criar um memorial, mas dependem apenas do impulso dos herdeiros para que isso se concretize. A exigência é que seja encaminhada a certidão de óbito do titular da conta (CARILLO; ALBUQUERQUE, 2020).

Santos e Castiglioni (2018, p. 09) afirmam que não há óbice ao aplicar bens digitais na sucessão, mesmo não disciplinado no Código Civil de 2002, “[...] o legislador ao incluir o conceito de bem móvel às energias que tenham valor econômico, estaria abarcando os arquivos digitais de computadores”. Além disso, deve prevalecer a vontade do falecido, se houver. Caso contrário, os herdeiros estão incumbidos de pleitear por determinado bem.

Foi nesse contexto que se fundou a chamada Herança Digital, perfazendo o “patrimônio sucessível por ocasião da morte, consistente em bens incorpóreos que estão disponíveis no ambiente virtual” (KLEIN, 2021, p. 52).

Por sua vez, a herança digital abrange todas as movimentações de dados e arquivos armazenados de forma digital e podem ser compostos por um conjunto de bens de valor econômico e até mesmo sentimental (CARRILHO, 2020). Deste modo, o patrimônio digital pode ser compreendido por distintas formas, considerando que tudo pode ser encontrado no meio digital, conforme visto anteriormente (AUGUSTO; OLIVEIRA, 2015).

Ainda, quanto aos bens digitais passíveis de transmissão hereditária, necessário observar a conclusão de Sampedro, D’isep e Mostaço (2020, p.10):

Assim, quanto aos bens digitais passíveis de transmissão, ainda não há regulamentação oficial, apenas a previsão de que os bens digitais envolvem espécies de patrimônio: (i) um constituído por bens incorpóreos com valor econômico que formam o patrimônio; e outro (ii) quanto ao conteúdo armazenado em e-mails e perfis de redes sociais que envolvem a privacidade e intimidade.

Inevitável abordar mais profundamente essas naturezas dos bens digitais, a primeira é a natureza patrimonial, essencialmente caracterizada pelo aspecto econômico (BRANCO, 2021), trata dos bens digitais que geram valoração econômica de mercado. Como exemplo, podem ser citadas as contas dentáveis de *YouTube Instagram, Tik Tok*, dentre outros (FLEISCHMANN; TEDESCO, 2021).

De outro lado, estão os bens sem valoração econômica, de natureza existencial, ou seja, que possuem valoração sentimental e constituem patrimônio imaterial, são relacionados ao direito da personalidade do falecido (BRANCO, 2021). São compreendidos como as fotos e vídeos armazenados digitalmente. Sem esquecer que pode ocorrer a existência de bens que possuem as duas naturezas, possuindo viés monetário e pessoal/sentimental (FLEISCHMANN; TEDESCO, 2021).

Por conseguinte, no Brasil ainda não há a implementação de lei específica para regulamentar a herança e a sucessão digital, de forma que imprescindível utilizar todas as alternativas excepcionais encontradas e transgredir a insegurança. Lembrando que se trata de matéria sensível, pois abrange o direito à privacidade, a intimidade e também a história do falecido (LEAL, 2018).

Arrazoando a destacada falta de legislação específica para a transmissão dos bens digital no país, se observam que alguns esforços esforço, ainda que ínfimos diante da proeminência do tema.

Como exemplos desses aludidos esforços, em 20 de junho de 2012 apresentou-se o primeiro projeto legislativo, que recebeu nº 4099. Em suma, visava inserir o parágrafo único ao art. 1.788 do Código Civil, estabelecendo que: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” (BIZERRA, 2021, p. 22). Bizerra (2021) ainda elenca outros projetos de lei, como o PL nº 4847/2012, nº 4874/2017, nº 5820/2019 e nº 6468/2019. Todos Projetos tem como base a mudança de artigos do Código Civil que falam sobre a sucessão.

Mais atualmente, o Projeto de Lei 365/2022, criado pelo Senador Confúcio Moura, busca estabelecer as disposições sobre a herança digital. Contudo, disciplina a herança digital apenas quanto ao acervo sentimental, sem estabelecer diretrizes ao cunho econômico dos bens digitais deixados pelo de cujus. Em suma, esse Projeto de Lei visa priorizar aqueles bens digitais expressamente deixados pelo falecido, cumprindo com as disposições de última vontade deixadas por este, assim como aborda sobre regras gerais que buscam facilitar o tema quando não ocorrer manifestação expressa de seu titular (BRASIL, 2022).

Assim sendo, destacada a possibilidade e a abrangência da herança digital, destacando que bens digitais podem sim ser transmitidos hereditariamente, ocorre a necessidade cada vez mais urgente de legislação para sanar essa lacuna legislativa.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ponderando as informações colhidas na elaboração do presente trabalho de pesquisa, notável que os bens contidos em plataformas e ferramentas digitais, com as redes sociais, são cada vez mais indispensáveis ao convívio em sociedade.

Acompanhando essa crescente tecnológica, necessário observar que as redes sociais deixaram de ser utilizadas exclusivamente como meio de comunicação publicações estritamente pessoais e passou a se consolidar também como uma ferramenta de trabalhos e geração de renda.

Visando essa transformação, começaram a surgir dúvidas quanto a incidência dos bens digitais deixados pelo de cujus no patrimônio hereditário e, aparentemente, o tema ainda deve demorar para ter seu desfecho final. Assim, muitas são as inseguranças jurídicas

existente, embora algumas plataformas como o *Google*, *Facebook* e *Instagram* estão elaborando.

Apesar dos Projetos de Lei desenvolvidos, em uma breve leitura, se observa certa simplicidade de abrangências e que não surtiriam os impactos necessários frente a opulência que rege os bens digitais e sua sucessão. Desse modo, as questões que cercam a herança digital ficam a cargo das jurisprudências produzidas pelos tribunais, dependendo exclusivamente do entendimento de cada magistrado.

## REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara C.; OLIVEIRA, Rafael. N. de. A possibilidade da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus". *In*: congresso internacional de direito e contemporaneidade, 3., 2015, Santa Maria. **Anais eletrônicos [...]**. Santa Maria: UFSM, 2015. p. 1-31. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

BARBOSA; Larissa Furtado. **A herança digital na perspectiva dos direitos da personalidade**: a sucessão dos bens armazenados virtualmente. Orientador: Willian Paiva Marques Júnior. 2017. 72 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/29403#:~:text=O%20presente%20estudo%20objetiva%20verificar,hip%C3%B3tese%20de%20aus%C3%A2ncia%20de%20autoriza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 ago. 2022.

BIZERRA, Yvana Barbosa. **Herança digital sob a ótica dos projetos legislativos brasileiros**: uma análise do Direito Sucessório com o Direito da Personalidade do de cujus. 2021. 32 F. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário FG UNIFIG,

Guanambi, 2021. Disponível em:  
<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/13234/1/Heran%C3%A7a%20Digital.pdf>. Acesso em: 07 set. 2021.

BRANCO, Sergio. Direito ao esquecimento e herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; LEAL, Livia Teixeira. (org.) **Herança Digital: controvérsias e alternativas**, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 161-272.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 365/2022**. Dispõe sobre a herança digital. Autoria: Senador Confúcio Moura. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=9074576&ts=1646867720344&disposition=inline>. Acesso em: 29 abr. 2022.

BROWN, Abram; BERG, Madeline. **10 YouTubers mais bem pagos de 2020**. Forbes, 2020. Disponível em: <https://forbes.com.br/listas/2020/12/10-youtubersmais-bem-pagos-de-2020/>. Acesso em: 30 abr. 2022.

CALDAS, Luana M. F. de L.; MORAIS, Rosângela M. R. M. M. de. Herança Digital: bens virtuais como patrimônio sucessório. **Revista de Estudos Jurídicos do UNIRN**, Natal, n. 3, p. 121-151, jan./dez. 2019. Disponível em: <http://revistas.unirn.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/657/478>. Acesso em: 10 set. 2021.

CARILLO, Agatha Botelho; ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. **Herança Digital: uma análise de como as informações pessoais das redes sociais estão sendo protegidas pelo direito sucessório brasileiro**. 2020. 26p. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Católica do Salvador UCSAL, Salvador, 2020. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2725/1/TCCAGATHACARILLO.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021.

COSTA, Rafael Vitor Sousa. **Herança digital**: sucessão das contas e dos bens digitais frente ao direito à privacidade. 2020. 66 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Centro Universitário UNDB, São Luíz, 2020. Disponível em: <http://repositorio.undb.edu.br/bitstream/areas/460/1/RAFAEL%20VI TOR%20SOUSA%20COSTA.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021.

FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TEDESCO, Letícia Trevizan. Legítima e herança digital: um desafio quase impossível. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; LEAL, Livia Teixeira. (org.) **Herança Digital**: controvérsias e alternativas, Indaiatuba:Foco, 2021, p. 155- 190.

FREITAS, Matheus Recalchi; FERRAGINI, Albino; COSTA, Fabíola Aparecida Delben. Herança digital: a transmissão post mortem das redes sociais. **eHUMANIT@S**, Araçatuba, 3, p. 158-170, 2020. Disponível em: <https://unisalesiano.com.br/aracatuba/wpcontent/uploads/2018/05/Re vistaeHumanitas-7-1-semester-2020-1.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2022.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brocado; LEAL, Livia Teixeira. (org.) **Herança Digital**: controvérsias e alternativas, Indaiatuba: Foco, 2021, p. 137-173.

KEMP, Simon. **Digital 2022**: relatório global de estatísticas de julho. DATAREPORTAL., 2022. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/digital-2022-july-global-statshot>. Acesso em: 28 de jul. 2022.

KLEIN, Julia Schoeder Bald. **A (in)transmissibilidade da herança digital na sociedade da informação**. São Paulo: Dialética, 2021. Edição Kindle.

LACERDA, Nattasha Quiroz. **Patrimônio e bens digitais: perfis de usuários nas redes sociais**. São Paulo: Dialética, 2022. Edição Kindle.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e Morte do Usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237/219#>. Acesso em: 10 set. 2021.

NETTO, Ana Laura Alves. Limites e Perspectivas da Vida Digital: um olhar sobre a herança digital. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 5, n.1, p. 11-23, dez. 2020. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/viewFile/1090/pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598438/epubcfi/6/14\[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo2.xhtml\]!/4/2/8/3:0\[%2C%5E%2C%20e\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598438/epubcfi/6/14[%3Bvnd.vst.idref%3Dmiolo2.xhtml]!/4/2/8/3:0[%2C%5E%2C%20e]). Acesso em: 5 ago. 2022.

SAMPEDRO, Nancy; D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; MOSTAÇO, Gabriel Marques. Os aspectos jurídicos da herança digital. **Revista da Universidade Ibirapuera**, São Paulo, n. 19, p. 9-16, jan/jun 2020. Disponível em: <https://www.ibirapuera.br/seer/index.php/rev/article/view/221>. Acesso em: 30 abr. 2022.

SANTOS, Everton Silva; CASTIGLIONI, Tamires Gomes da Silva. Herança digital: a transmissão de bens virtuais. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 104-115, jul./dez. 2018. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4805/pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021. Edição Kindle.

## A LEI ANTICRIME E A PRISÃO PREVENTIVA NA LEI MARIA DA PENHA

Ianko Bombana Bernstein<sup>1</sup>

Diana Casarin Zanatta<sup>2</sup>

**RESUMO:** A Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/06, em seu artigo 20, prevê o cabimento da decretação de segregação cautelar preventiva do agressor, a ser decretada de ofício pelo juízo, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da Autoridade Policial, em qualquer fase da instrução criminal ou do Inquérito Policial. Contudo, a denominada Lei Anticrime, Lei nº13.964/19, alterou o artigo 311 do Código de Processo Penal, impossibilitando a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. Questiona-se, diante de tal alteração, se não foi criado um obstáculo legislativo na real e pretendida aplicação da Lei Maria da Penha. Compreende-se que a Lei Maria da Penha exerce um papel muito importante na sociedade, pois vai muito além da função coercitiva e punitiva, tem um papel social transformador e reeducador, enfrenta paradigmas e confronta uma sociedade patriarcal. Diante disso, o artigo tem por objetivo analisar a alteração do artigo 311 do CPP, advinda pela Lei nº 13.964/19 e confrontá-la com o artigo 20 da Lei Maria da Penha. Essa pesquisa foi realizada com base em pesquisa bibliográfica e documental com vistas a obter o entendimento doutrinário e jurisprudencial já existente sobre o assunto, já que há divergência sobre a interpretação da mudança legislativa, que precisa ser melhor compreendida.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Lei Anticrime; prisão preventiva; prisão de ofício.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito, 6º semestre, URI Câmpus de Erechim.

*E-mail:* iankobernstein@hotmail.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela URI câmpus de Santo Ângelo, professora de graduação do Curso de Direito da URI Erechim/RS. *E-mail:* dianazanatta@uricer.edu.br.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de analisar o artigo 20 da Lei nº11.340/06, Lei Maria da Penha, em cotejo com a nova redação do artigo 311 do Código de Processo Penal, advinda com a Lei nº13.694/19, denominada Lei Anticrime. Busca-se verificar se a mudança legislativa impactou negativamente na aplicação da Lei Maria da Penha, gerando um obstáculo para sua efetividade ou se ainda é possível dar-se cumprimento ao disposto no artigo 20 da Lei nº11.340/06.

A Lei nº13.694/19 alterou o artigo 311 do Código de Processo Penal, impossibilitando a prisão preventiva, quando decretada de ofício pelo magistrado. Em consequência dessa aprovação, o artigo 20 da Lei Maria da Penha, que prevê a possibilidade de prisão preventiva do agressor em casos de violência doméstica, decretada de ofício pelo juiz, restou aparentemente revogado, tendo em vista a confrontação da lei especial, com a lei processual penal, modificada posteriormente.

Sabe-se que a Lei 11.340/06, Lei Maria da Penha, trata-se de uma ação afirmativa, com o intuito de inserir na sociedade, políticas públicas a fim de atenuar as situações de discriminações e violência de gênero. Trata-se de um cumprimento constitucional, visto que a Constituição Federal de 1988 afirma, em seu artigo 226, que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Além disso, o parágrafo 8º do referido artigo, diz que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a Lei Maria da Penha ocupa um papel social e constitucional, além de traçar e atender também inúmeros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário (DIAS, 2007).

Partindo-se de tal compreensão, vê-se a extrema importância da aprovação da Lei Maria da Penha, para que no Brasil fosse deixado de banalizar a violência doméstica, demonstrando um forte poder punitivo ao agressor. Deveras, marcou o país, assegurando firme e

fortemente em um dispositivo legal a preocupação com as mulheres, tendo em vista os altos índices de violência doméstica dos anos anteriores à Lei Maria da Penha (DIAS, 2007).

## **2 UMA BREVE RETOMADA HISTÓRICA**

Ao analisar-se a história da mulher no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que ela era tratada como um objeto, primeiramente pertencente ao pai e, posteriormente, ao marido (SAAD, 2010). O Código Civil de 1916 classificava as mulheres como relativamente incapazes para os atos jurídicos. De modo geral, a sociedade brasileira, em meados de 1916, era fortemente patriarcal e conservadora, voltando seus olhos somente para os homens como indivíduos de direitos. Veja-se que, "na classificação dos direitos e deveres de cada cônjuge, a diferença de tratamento entre o marido, chefe da sociedade conjugal, e a mulher, sua colaboradora, ficava evidente" (SAAD, 2010, p. 27). Tanto era verdade, que o artigo 233 do Código Civil de 1916, trazia o marido como chefe da sociedade conjugal. (BRASIL, 1916).

Diante desse forte sentimento patriarcal e intensa desigualdade no aspecto de gênero, as relações que ocorriam no interior dos lares familiares, por vezes ficam despercebidas, afinal, "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher", inclusive as violências físicas, psicológicas e morais sofridas no ambiente familiar pela mulher, eram simplesmente negligenciadas e, na maioria das vezes, nem divulgadas (DIAS, 2007).

Ao analisar-se a legislação que visava a proteção das mulheres em situação de violência doméstica, anteriormente à Lei Maria da Penha entrar em vigor, percebe-se a banalização e a falta de consciência do legislador ao tratar sobre as relações intrafamiliares. Antes da Lei Maria da Penha, a violência doméstica contra a mulher era considerada um crime de menor potencial ofensivo, enquadrada na

Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais.

Na prática, enquanto submetidos à Lei dos Juizados Especiais Criminais, nos crimes de violência doméstica contra mulher, as penas reduziam-se a trabalhos comunitários e pagamentos de cestas básicas. Além disso, a vítima tinha direito de representar, após audiência de conciliação, contudo, deveria manifestar-se na presença do agressor (DIAS, 2007).

Ocorreram outras inovações até a aprovação da Lei Maria da Penha, mas que surtiram poucos efeitos, tendo em vista a gravidade da problemática que envolvia a violência contra a mulher, no âmbito doméstico, familiar e no âmbito das relações íntimas de afeto. Em 2002, a Lei nº 10.455, implementou o afastamento do agressor do lar. Posteriormente, em 2006, foi aprovada a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, retirando a violência doméstica contra a mulher do patamar de um simples crime de menor potencial ofensivo, passando a compreendê-la como uma modalidade de violência que viola incisivamente os direitos humanos das mulheres (DIAS, 2007).

### **3 A PRISÃO PREVENTIVA DO AGRESSOR E A LEI ANTICRIME**

Com a aprovação da Lei Maria da Penha, e ao compreender-se o seu real intuito, o legislador abre precedente para que o juiz aja de ofício, na decretação de prisão preventiva do agressor. Veja-se o artigo 20 da Lei:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo

decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (BRASIL, 2006).

Como se percebe pelo texto legal transcrito, é possível a atuação do juiz, de ofício, em casos de violência doméstica contra a mulher, decretando e revogando a prisão preventiva. O dispositivo legal permite o protagonismo do magistrado em casos nesse âmbito, tendo em vista que o objetivo e preocupação central da lei é de fato cumprir tratados de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, que preveem uma maior proteção e garantia da família e da mulher em situação de violência doméstica.

Essa maior possibilidade de protagonismo do magistrado em casos de violência doméstica, justifica-se de modo geral, pois entende-se que, no caso concreto, a vítima passa muitas vezes por inúmeras barreiras e quebras de paradigmas, até de fato conseguir denunciar o agressor. Assim, espera-se do magistrado uma plena capacitação, eficiência e acolhimento dessa vítima, compreendendo assim, a questão de gênero que envolve casos de violência doméstica. Assim fundamenta-se, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2021 (CNJ, 2021).

Ao analisar-se o artigo 311 do Código de Processo Penal, anteriormente à aprovação da Lei nº 13.964/19, previa-se que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (BRASIL, 2011). Veja-se que era plenamente possível ao magistrado, de ofício, decretar a prisão preventiva, em qualquer fase da investigação criminal ou do processo penal, justamente por trazer em sua grafia, assim como no artigo 20 da Lei Maria da Penha, o termo *de ofício*, que permitia ao juiz certa liberdade para agir, independentemente da Autoridade Policial ou do Ministério Público.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.964/19, Lei Anticrime, alterou-se a grafia do artigo 311 do CPP, sendo suprimido o termo *de ofício*, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2019).

Veja-se que o novo texto legal estabelece que a prisão preventiva não pode mais ser decretada de ofício pelo magistrado, sendo possível apenas, a partir do requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente e da representação da Autoridade Policial. O protagonismo do magistrado, que se percebe na Lei Maria da Penha, não está presente no novo dispositivo legal, que restringe a atuação do magistrado.

Entretanto, há que se analisar a nota técnica que delimita a regula a aplicação da Lei nº 13.964/2019, Lei Anticrime e expõe alguns casos em que se excluiria a aplicação de tal legislação. Veja-se: “[...] excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aqueles que **envolvam violência doméstica** ou cometidos por funcionário público contra a administração pública” (grifo do autor) (BRASIL, 2019). Observa-se, pelo texto da citada nota técnica que, em tese, a ideia do legislador era a de que os casos de violência doméstica praticados contra a mulher, entre outros casos, estariam excluídos da restrição imposta ao artigo 311 do CPP, com redação pela Lei Anticrime.

Ocorre que, uma nota técnica não teria o condão, por si só, de manter um dispositivo processual penal em vigor, quando lei posterior dispuser de forma contrária. Assim, mesmo diante da nota técnica, a alteração do artigo 311 do CPP acabou deixando sem aplicabilidade o artigo 20 da Lei Maria da Penha, no que tange principalmente a

decretação da prisão preventiva do agressor. Passou a ser exigido do magistrado a inércia, mesmo o caso sendo de violência doméstica, aguardando assim, um requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. Nesse sentido, nota-se uma maior responsabilidade das duas instituições (Polícia Judiciária e Ministério Público), de efetivamente representar (o primeiro) e requerer (o segundo) a segregação cautelar do agressor, sob pena do juiz (que deve ser inerte), não poder de ofício decretar a segregação (BIANCHINI, 2022).

De fato, tem havido embate na compreensão acerca da interpretação do artigo 311 do CPP, com nova redação, em confronto com o disposto no artigo 20 da Lei Maria da Penha. Sabe-se que a real efetividade da Lei Maria Penha ocorre pela agilidade no deferimento das medidas protetivas de urgência. Tais medidas vão desde a proibição de aproximação, afastamento do lar até decretação de prisão do agressor, visto que a lei tem um papel central na defesa dos Direitos Humanos das Mulheres.

Considere-se que a violência doméstica familiar e os vários tipos de agressões sofridas configuram uma afronta aos Direitos Humanos das Mulheres de um modo geral, justamente por todo fator histórico de lutas à favor da igualdade de direitos (DIAS, 2007). Diante desse sentido protetivo, o legislador, já no artigo 1º da Lei Maria da Penha, esclarece a finalidade da lei:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

A partir disso, compreende-se o papel social que Lei nº11.340/2006 exerce, de modo que ficou evidente o obstáculo que a Lei nº13.964/19 criou na aplicação daquela lei, sendo pertinente o questionamento acerca de ter ferido a real efetividade e princípios embasadores da Lei Maria da Penha. Para compreensão de tal obstáculo, passa-se a analisar como a doutrina e a jurisprudência têm se posicionado acerca da problemática.

#### 4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

O obstáculo legislativo entre a aplicação do novo texto do artigo 311 do Código de Processo Penal, que impossibilita a decretação de prisão preventiva de ofício, e do artigo 20 da Lei Maria da Penha, que prevê a segregação do agressor decretada de ofício pelo magistrado, que é uma medida protetiva de urgência, chegou à jurisprudência, gerando importante divergência sobre o tema. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, decidiu por aplicar a Lei Maria da Penha. Veja-se

Prisão preventiva. Violência doméstica. Injúria, ameaça, lesão corporal e estupro. Integridade da vítima. 1 - **No âmbito da L. 11.340/06, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.** 2 - A prisão cautelar nos crimes de violência doméstica se justifica quando indispensável a assegurar a integridade física da vítima, sobretudo em razão da gravidade concreta de um dos crimes imputados ao paciente — estupro —, punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (CPP, artigo 313, I). 3 - Eventuais condições pessoais favoráveis ao paciente não são suficientes para impedir a custódia cautelar se presentes os requisitos que a autorizam. 4 - Ordem denegada (grifo do autor) (DISTRITO FEDERAL, 2020).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça da Bahia manteve a segregação de um agressor acusado de violência doméstica. Segundo o julgado, “a integridade física da vítima, RSO, está submetida a risco, valendo anotar que, pelo conjunto fático, resta também comprometida a efetividade de uma das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal, amoldando-se perfeitamente as disposições contidas no artigo 313, inciso III, do CPP, bem assim no artigo 12-C, § 2º, da Lei 11.340/2006” .(BAHIA, 2022).

Ocorre que, os julgados supra analisados são considerados, atualmente, minoritários. Tais julgados defendem o princípio da especialidade, tendo em vista que a Lei Maria da Penha é uma lei especial, que se trata especificamente sobre violência doméstica e a defesa dos Direitos Humanos das mulheres.

Acerca da matéria, no entanto, a corrente majoritária é a que restringe a atuação do magistrado. Com efeito, doutrina e a jurisprudência concordam que, após a aprovação da Lei nº 13.964/2019 e alteração do texto do artigo 311 do CPP, para que haja uma maior afirmação e defesa do sistema acusatório no processo penal brasileiro, a iniciativa do juiz na concessão de prisão preventiva está vedada (CUNHA, 2020).

A Lei nº13.964/19 também inseriu no Código de Processo Penal o artigo 3º -A, estabelecendo 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, 2019). Assim, a legislação processual penal atual estabelece a inércia do juízo, ou seja, veda-se qualquer iniciativa do magistrado, impossibilitando assim, a atuação no que tange a decretação de segregação preventiva *ex officio*. Portanto, aplica-se o artigo 311 do Código de Processo Penal, e não o artigo 20 da Lei Maria da Penha, justamente pela defesa do sistema acusatório e não inquisitorial:

A limitação introduzida no CPP tem incidência na Lei Maria da Penha, a impossibilidade do juiz de decretar, *ex officio*, a prisão preventiva. Não há mais assim, essa possibilidade, em posicionamento que, de resto, rende homenagem ao princípio acusatório, a evitar que o juiz adote medidas de cunho persecutório. (CUNHA, 2020).

Em um contexto geral, a jurisprudência e a doutrina concordam na aplicação da normal geral, ou seja, o Código de Processo Penal. Dessa forma, garante-se uma maior segurança jurídica e não relativização do sistema acusatório. Portanto, impossibilitada qualquer segregação preventiva decretada de ofício pelo magistrado. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em um Habeas Corpus, defende que, independentemente da matéria, a prisão preventiva *ex officio* é ilegal. Veja-se:

[...] A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro. – A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “*ex officio*” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica das pessoas sob persecução criminal. (BRASIL, 2020).

Dessa forma, é inegável que a maioria jurisprudencial e doutrinária concorda com a aplicação do artigo 311 do Código de Processo Penal, em detrimento do artigo 20 da Lei Maria da Penha, sendo então ilícita a decretação de segregação preventiva de ofício. No

Habeas Corpus supra transcrito, o STF entende que, principalmente por uma questão de manutenção e da não relativização do sistema acusatório, fica impedido o magistrado de decretar ou converter, de ofício, prisões preventivas, tendo em vista a exigência de sua inércia, um dos principais princípios do direito processual penal brasileiro.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, pode-se concluir que, de fato, compreendeu-se a divergência interpretativa e aplicacional havida entre o artigo 20 da Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha e o artigo 311 do Código de Processo Penal, com nova redação, pós aprovação da Lei nº 13.964/2019, Lei Anticrime. Referida Lei alterou a norma geral - CPP, impossibilitando assim a atuação de ofício dos magistrados na decretação de segregação preventiva, que incidiu diretamente na aplicação nos casos concretos de violência doméstica.

Assim, conclui-se que se deve aplicar o dispositivo geral (Código de Processo Penal) e não a norma especial (Lei Maria da Penha), por uma incisiva questão de defesa e não relativização do sistema acusatório, utilizado como base no processo penal brasileiro, no qual se busca a inércia do juízo, atuando apenas dentro de seus limites, com poucas interferências *ex officio*.

Por outro lado, resta o questionamento acerca da necessidade de se pensar em alternativas que não firam o sistema acusatório, mas que venham ao encontro das disposições protetivas trazidas pela Lei Maria da Penha, nos casos envolvendo de violência doméstica contra mulher. A preocupação se justifica, justamente pelo seu real intuito de criação e aplicação. Como pode ser compreendido, a Lei Maria da Penha possui caráter de ação afirmativa de inserção de políticas públicas para atenuar a desigualdade de gênero na sociedade brasileira.

Assim, fica evidente o prejuízo na efetiva proteção da mulher vítima, diante da impossibilidade de atuação de ofício, pelo magistrado. Resta a preocupação para que um dos principais instrumentos de proteção da Lei Maria da Penha, quais sejam, as medidas protetivas de urgência, não restem banalizadas diante da necessidade de iniciativa da Autoridade Policial ou do Ministério Público, já que o protagonismo do magistrado, na aplicação da Lei Maria da Penha, restou inegavelmente excluído.

Há que se pensar em meios de fazer valer a maior proteção às mulheres, pelo sistema processual brasileiro. De fato, precisa-se defender o sistema acusatório, pois ele faz parte do Estado Democrático de Direito, é garante de modo geral um julgamento justo, imparcial e que o juiz seja inerte até sua impulsão. Porém, a questão envolvendo a excepcional segregação preventiva, em casos de violência doméstica contra a mulher é um ponto que não pode ser deixado de fora das principais discussões no processo penal brasileiro, para que o sistema acusatório não sirva como forma de diminuir a proteção e cumprimento da Lei Maria da Penha, com o objetivo de sempre se buscar a atenuação, a desigualdade e a violência que as mulheres sofrem diariamente no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça Estado da Bahia. **Habeas Corpus Criminal nº 8000281-64.2022.8.05.0022**. Relator Des. Ailton Batista De Carvalho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-hc-bahia.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2022.

BIANCHINI, Alice. **A Prisão Preventiva de Ofício no contexto da Lei Maria da Penha**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2022-fev-07/bianchini-prisao-preventiva-oficio-lei-maria-penha#_ftn1). Acesso em: 05 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Brasília, DF: Senado Federal, 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). Acesso em: 25 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei n.3071 de 01 de janeiro de 1916**. Institui o Código Civil dos Estado Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1916. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 ago. 2022.

BRASIL. **Código de processo penal**. Disponível em:

[http://http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 20 ago 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 173.791/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 173.800/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 186.209- -MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. (HC 188888, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5964648>. Acesso em: 24 ago 2022.

CUNHA, Rogério Sanches, **Pacote anticrime - lei 13.96/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Ed. Juspodivm, 2020.

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Acórdão 1256074, 07115801920208070000**, relator: Jair Soares, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 4/6/2020, publicado no DJE: 25/6/2020. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 02 ago 2022.

SAAD, Martha Solange Scherer. **Mulher, sociedade e direitos humanos**: homenagem à professora doutora Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Editora Rideel, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 19/DF**, relator: ministro Marco Aurélio, j. em 9/2/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=571949>. Acesso em: 02 ago. 2022.

CNJ. **Julgamento com Perspectiva de gênero**. Elaborado pelo GT instituído pela Portaria CNJ nº 27, de 02.02.2021. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/publicacoes-3/colecao-enfam/colecao-manuais-e-protocolos/protocolo-para-julgamento-com-perspectiva-de-genero-2021/>. Acesso em: 02 ago. 2022.

# PARTICIPAÇÃO POPULAR E SOCIAL: UMA FORMA DE EFETIVAR DIREITOS E MINIMIZAR DESIGUALDADES DENTRO DA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

Simone Paula Vesoloski<sup>1</sup>  
Caroline Isabela Capelesso Ceni<sup>2</sup>

**RESUMO:** O objetivo desta abordagem é compreender a necessidade da participação popular no governo como meio de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e minimizar as desigualdades sociais dentro da sociedade democrática. O problema que orienta a pesquisa questiona: é possível minimizar desigualdades efetivando o direito de participação popular dentro da sociedade contemporânea? A metodologia de análise

---

<sup>1</sup> Mestranda e bolsista PROSUP/CAPES do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Atitus Educação. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Membro do Centro Brasileiro de Pesquisas sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen e do grupo de extensão Políticas Públicas de Inclusão Social e Sustentabilidade Econômica e Ambiental. Membro do grupo de pesquisa Trabalho e Capital: Retrocesso Social e Avanços Possíveis. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com ênfase na Reforma Trabalhista pela Faculdade Verbo Educacional. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas (CJA, gestão 2022/2023). Endereço eletrônico: simonels17@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355468920025819>. Orcid iD: <https://orcid.org/0000-0002-2836-512X>.

<sup>2</sup> Advogada. Delegada da CAA da OAB/RS, da Subseção de Erechim/RS. Professora universitária. Mediadora e Conciliadora Extrajudicial. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestra em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Santo Ângelo. Bolsista Taxa Capes. Pós-Graduada em Mediação, Conciliação e Arbitragem pela URI Campus de Erechim/RS. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário UniDomBosco. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada, Câmpus de Erechim com a realização de um semestre na Università Degli Studi di Camerino, região do Marche, Itália. Bolsista de iniciação científica do Grupo das Ciências Sociais Aplicadas da URI Campus de Erechim.

indutiva prioriza referências à legislação, doutrinas e fontes indiretas. Demonstra-se que a partir da ativa e efetiva participação popular nas decisões e ações que o Estado produz é que será possível garantir direitos e minimizar desigualdades.

**Palavras-chave:** democracia, desigualdade, governo; participação popular, sociedade.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea evolui constantemente e a interação de um indivíduo com o outro ganha novas facetas a cada momento, ainda mais com inserção da tecnologia no cotidiano das pessoas. Nessa perspectiva, a interação tecnológica e humana evolui exigindo que as pessoas acompanhem essa evolução, todas essas mudanças não ocorrem somente no aspecto de vida particular de cada cidadão, mas repercutem na relação público-política.

Todo o indivíduo se relaciona com o poder público, seja com maior ou menor frequência, e com certeza em algum momento da vida todo o cidadão vai necessitar demandar alguma solicitação ou requerer algum pedido do poder público local. Para isso é importante que a participação popular e social seja de fácil acesso e com acesso garantido.

Das primícias expostas, a presente pesquisa convida pensar a respeito de como se concretiza o direito fundamental que todo o cidadão tem de participação no governo, assim, nasce o objetivo central desta pesquisa, possibilitando indagar-se como esse direito pode ser efetivado e servir como instrumento capaz de minimizar e até mesmo prevenir desigualdades dentro da sociedade? Em resposta, o trabalho possui como objetivos a serem atingidos: I) apresentar o direito e o poder que o cidadão a partir da efetivação da participação ativa e democrática; II) averiguar quais as ferramentas que possibilitam concretizar o direito de participação como forma de minimizar e/ou prevenir as desigualdades sociais dentro da sociedade;

c) pesquisar quais os desafios para ampliar a participação e garantir a efetivação do direito de participação. Para realização dos estudos que permitem cumprir com os objetivos propostos, esta pesquisa utilizou-se de fontes indiretas, bibliográficas e do método indutivo.

A pesquisa contempla demonstrar a importância do ativismo e a responsabilidade de cada cidadão em efetivar os elos da democracia participativa no governo por meio da participação ativa, efetiva e direta. O que se pretende salientar é que a partir da sensibilização e compreensão da relevância de participação, o cidadão desperta e efetiva essa conduta, além de fortalece o debate público, podendo a partir de então, interferir na tomada de decisões e nas ações que o Estado produz em conjunto com os cidadãos, horizontalizando a forma político-participativa, gerando ganho para a sociedade e propiciando garantir o cumprimento de variados direitos e como consequência, prevenir e minimizar desigualdades variadas que fazem parte do dia a dia de muitos cidadãos.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL PASSÍVEL DE EFETIVAR A PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA**

Na atual Constituição Federal, o Título II é dedicado aos direitos e as garantias fundamentais, sendo dividido em cinco capítulos, o primeiro – “dos direitos e deveres individuais e coletivos”; o segundo trata “dos direitos sociais”; já o terceiro traz os aspectos relacionados aos direitos “da nacionalidade”; o quarto aduz “dos direitos políticos” e por fim o quinto capítulo traz “dos partidos políticos”. (BRASIL, 1988).

Os direitos fundamentais, segundo a compreensão de Pinho (2003, p. 66) “são considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”. Contudo, o Estado não deve apenas reconhecer esses direitos, mas, imprescindivelmente deve buscar concretizar cada direito inerente ao

ser humano. O autor assevera que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos e garantidos por uma determinada ordem jurídica, esclarecendo que a expressão “direitos fundamentais” é gênero de outras especificidades de direitos: os individuais, coletivos, difusos, sociais, nacionais e políticos.

Os direitos fundamentais expressam a ideia de dignidade da pessoa humana, assim, Jucá (2007) compreende que esses direitos resguardam valores mínimos fundamentais e imprescindíveis a uma vida digna, já os direitos individuais recaem sobre uma pessoa, seja ela física ou jurídica; os direitos coletivos são pertencentes a um grupo de pessoas ligados a uma peculiaridade; os difusos são destinados para pessoas indeterminada ligadas por uma situação fática; já os direitos sociais se remetem as pessoas físicas em situações de desigualdades.

Nesse diapasão, para Ferrajoli (2014) os direitos políticos e civis servem para fundamentar a legitimidade da forma de decisões na esfera da política e da economia, já os direitos sociais e de liberdade servem para estabelecer a legitimidade das decisões e com ela a dimensão substancial da democracia, assim nenhum poder pode revogar direitos fundamentais estabelecidos.

En estas cuatro dimensiones, todas necesarias y en su conjunto suficientes, se basa el modelo garantista de la actual democracia constitucional, en virtud del cual ningún poder, sea público o privado, puede derogar los derechos fundamentales y demás principios constitucionalmente establecidos. (FERRAJOLI, 2014, p. 55).

Desse modo, a respeito dos direitos individuais, direitos do cidadão, Pinho (2003) se preocupa em deixar clara a expressão direitos do cidadão o qual aduz que

[ ] a expressão direitos do cidadão, consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada após a Revolução Francesa de 1789, reflete a dicotomia estabelecida entre os direitos

que pertencem ao homem enquanto ser humano e os que pertencem a ele enquanto participante de certa sociedade. Direitos naturais seriam inerentes à condição humana e civis, os pertencentes ao ser humano enquanto participante de uma determinada sociedade. Direitos políticos são os exercidos pelos que possuem a denominada cidadania ativa, ou seja, pelos que podem participar da formação da vontade política do Estado, exercendo os direitos de votar e de ser votado. (PINHO, 2003, p. 72).

Nessa linha, para garantir os direitos fundamentais, Jucá (2007) ressalta que a participação popular e social é um direito fundamental importante e que tem a capacidade de efetivar muitos outros. A participação popular e social abarca o processo de atuação do povo na seara pública do Estado, repercutindo na intervenção do povo nas instâncias de poder, e essa intervenção ocorre, seja por meio de uma ação conjunta nos processos decisórios, ou seja, no planejamento e na própria atividade fiscalizadora. É a expressão do povo requerendo voz e dando ênfase as necessidades sociais.

Ainda, Jucá (2007) defende que essa participação popular e social não se trata apenas de um ato isolado, mas sim é um processo inacabado e constante, que retrata muitas conquistas e muitas lutas pelo qual a sociedade, o povo como um todo, ciente da responsabilidade social e do seu papel como agente ativo, atua conjuntamente com o poder estatal em benefício do interesse da coletividade, fazendo com que haja democratização no âmbito público.

Nesse mesmo caminhar intelectual, Camargo, Pereira e Filho (2012) destacam que os direitos fundamentais e sociais dependem de efetivação e aprimoramento; a sociedade precisa ser ativista e participar das decisões, da elaboração das leis e da fiscalização, mas principalmente da aplicação de tais medidas que passaram a vigor após a aprovação. Contudo, os autores reforçam que normatizar direitos é fácil, a pior tarefa se concentra em assegurar esses direitos a todos os indivíduos, ainda mais no Brasil que é um país grandioso, não só em extensão, mas em cultura, diversidade e necessidades ímpares.

Participação popular e social é uma prerrogativa para efetivar o direito fundamental de liberdade, de autonomia e de participação no governo, com esse passo, muitos outros direitos podem ser efetivados, contudo, Ferrajoli (2014) salienta que é preciso deixar o esgotamento de lado e resgatar a horizontalidade da política para minimizar a crise da democracia; cada indivíduo precisa ter paixão pela participação, pela política, deixando de lado o individualismo, o medo e o desespero que estão denegrindo e apagando o brilho do espírito público.

Las constituciones y el constitucionalismo parecen desplazados del horizonte de la política. Y con la memoria se ha perdido también la energía política, cuyo agotamiento es quizá el principal factor de la actual crisis de la democracia. Esta energía, aunque presente en los movimientos sociales de protesta, está hoy ausente de la esfera institucional de la política. Porque esta requiere, como siempre, además de la razón, también la pasión política, actualmente apagada por tantos egoísmos y cinismos, por las diversas formas del indiferentismo (*qualunquismo*) antipolítico, de la desconfianza, los miedos y la desesperación que están deprimiendo el espíritu público. (FERRAJOLI, 2014, p. 235).

Por conseguinte, Bobbio (2018, p. 141) afirma que o cidadão deve ser participativo e “colocar os próprios olhos nos negócios que lhe dizem respeito e deixar o mínimo espaço ao poder invisível”. Esse poder invisível que o autor menciona, está atrelado a ideia de que nada pode ser reservado ao espaço do mistério e da obscuridade, o governo é público e deve ocorrer em público, seus atos devem ser evidentes, manifestos e visíveis.

Para alavancar a democracia é essencial participação popular e social vinculada com um conjunto de regras de procedimentos para a formação de decisões coletivas que só é possível com a concretização ampla e efetiva participação de cada cidadão.

Todos os direitos elencados na atual Constituição Federal vigente no nosso país devem ser efetivados de fato. Levitsky e Zibblatt (2018) compreendem que é preciso concretizar as normas e garantias para toda a sociedade e realmente torná-las efetivas e inclusivas. Essa

participação ativa e efetiva é essencial para fortalecer a democracia e os direitos inerentes a cada ser humano. Assim, os autores apontam que a “democracia é um empreendimento compartilhado, seu destino depende de todos nós” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 217).

Assim como é importante a participação popular e social; garantir a efetividade e manutenção dessa participação e de espaços capazes de possibilitar essa efetivação participação é crucial para, além de garantir um direito de participação, garantir por meio deste direito muitos outros direitos, dando voz a quem precisa ser ouvido. É importante conhecer as ferramentas capazes de perfectibilizarem essa concretização de participação que gera inúmeros benefícios para a sociedade, efetivando direitos, prevenindo e minimizando desigualdades, além de quebrar barreiras que distanciam governantes *versus* governados.

### **3 FERRAMENTAS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE PARTICIPAÇÃO COMO FORMA DE PREVENIR E MINIMIZAR AS DESIGULDADES SOCIAIS**

Na atualidade as discrepâncias sociais são notáveis, ainda mais no momento que o país vive a crise instaurada pela pandemia de Covid-19. Além da crise, muitas outras que já existiam antes se demonstraram mais severas e visíveis, atingindo milhares de pessoas que não são amparadas com nenhuma proteção social e/ou financeira. Segundo dados coletados pela Oxfam (2020), as perspectivas econômicas são preocupantes, a pandemia não gerou as atuais injustiças econômicas e desigualdades nas diversas searas, ela as expôs e ampliou, intensificando ainda mais as desigualdades sociais e os problemas existentes que já geravam inquietação social e angústia para milhares de brasileiros.

Além de todas essas mudanças e desigualdades vivenciadas pela e na sociedade, Molinaro (2020) ressalta que a sociedade

contemporânea vive transformações cotidianas e constantes que alteram as significações individuais e coletivas, assim, a inquietação que é reproduzida por meio da exclusão e das desigualdades deteriora a qualidade de vida, mas pode também ser percursora de manifestações que estimulam a participação social efetiva na justiça da dentro sociedade democrática multifacetada.

Camargo, Pereira e Filho (2012) reforçam que o povo possui o poder de decisão, contudo, esse poder deve ser assegurado e instrumentalizado de vários modos, como exemplo, por meio de referendo, de audiência pública, entre outros meios. Ademais, essas formas de participação deveriam ser comuns e utilizadas como formas de interação, estreitando a relação entre governantes e governados. A partir dessa concepção perfectibilizada é que será possível levar as demandas sociais aos ouvidos dos que tem poder para determinar as ações que serão implantadas dentro da sociedade civil.

Em tempos de pandemia, cuja aglomeração foi restrita, outras formas de participação; de meios capazes de ampliar direitos e minimizar desigualdades devem ser vislumbradas e fortalecidas. Flain (2017) defende que a inclusão digital deve ser considerada um direito fundamental conexo com a dignidade do ser humano. Os direitos fundamentais crescem, se fortalecem e retratam movimentos e lutas ao longo do tempo, voltadas para atender as demandas, os anseios e as necessidades sociais; e o avanço tecnológico deve ser usado como meio de fortalecimento dessas conquistas alcançadas pois, permitem ao cidadão a possibilidade de autodeterminação e participação que propiciam o desenvolvimento contemporâneo.

Assim, Flain (2017) compreende que a inclusão digital não irá resolver todos os problemas de desigualdade social, mas será um meio profícuo que contribuirá para a superação de muitas desigualdades; possibilitando novas oportunidades e esperanças aos cidadãos na busca por qualificação, inserção social e qualidade de vida. A exclusão digital fere a dignidade de milhares de pessoas, impede o pleno exercício da cidadania, da participação e o acesso aos serviços disponibilizados pelo governo eletrônico.

Nessa perspectiva de inclusão, efetivação e garantia de acesso à tecnologia, Bobbio (2018) retrata que no meio público interligado a governança, quanto mais participação popular e social, as decisões e os atos de governo serão conhecidos pelo povo soberano e essas condutas fazem parte de um regime democrático. Assim, além da participação, das ferramentas digitais capazes de garantirem o exercício desse direito, a publicidade desses atos também é importante. Seja a publicidade convidando o povo para participar das decisões; seja a publicidade do que já foi executado.

Bobbio (2018, p. 141) menciona que a publicidade do governo garante visibilidade dos administradores e de suas decisões, permitindo que o cidadão coloque os “olhos nos negócios que lhe dizem respeito e de deixar o mínimo espaço ao poder invisível.” Essa expressão que Bobbio usa ao retratar a extinção do poder invisível, significa dar visibilidade e publicidade aos atos do governo. “De fato, a visibilidade não depende apenas de apresentação em público de quem está investido do poder, mas também da proximidade espacial entre o governante e o governado”. (BOBBIO, 2018, 140).

A publicidade é importante para convidar o povo para participar, dar visibilidade para as datas de audiências públicas, de plebiscitos, de reunião para definir o orçamento público e uma série de muitos outros atos fundamentais que a participação popular se faça ativamente presente. Além do mais, para Bobbio (2018, p. 146) a publicidade auxilia e distingue “o justo do injusto, o lícito do ilícito” e faz com que o povo conheça os seus negócios, direitos e deveres vinculados ao Estado e vice-versa.

A visibilidade e publicidade do governo ocorre na atualidade por meio das plataformas digitais, por isso é imprescindível garantir e efetivar de fato a inclusão digital. Para concretizar um governo democrático, Bobbio (2018, p. 296-297) compreende que é preciso dar visibilidade para os atos governamentais, [...] “somente quando o ato é público os cidadãos estão em condições de julgá-los e, portanto de exercer diante dele uma das prerrogativas fundamentais do cidadão democrático, o controle dos governantes”. É salutar destacar que o autor vê o princípio da visibilidade como um princípio realmente

revolucionário, pois este poder ainda está atrelado ao poder de esconder, de mascarar e de não declarar em público todas informações pertinentes aos atos da administração pública, e isso precisa ser revertido.

Bobbio (2018, p. 298) defende que o princípio “visibilidade do poder é inatural, e também o mais difícil de ser respeitado”, contudo, cabe à população fazer parte do processo de democratização e fortalecer o elo democrático como verdadeiros e efetivos partícipes do Estado e das decisões que vos cabem.

Neste interim, Flain (2017) ressalta que efetivar e motivar a liberdade de expressão; a inclusão digital e a participação democrática, possibilitará e fomentará o exercício efetivo da cidadania, dando voz a uma parcela da população que hoje vive submerso na desigualdade e no esquecimento; desfavorecida economicamente e na luta pelo reconhecimento e efetivação de outros direitos fundamentais. Essa nova conjuntura, este novo cenário, levará ao pluralismo de ideias; o reconhecimento de anseios multifacetados e o aperfeiçoamento da democracia.

A partir do momento em que o cidadão se sentir inserido nas decisões do local onde mora, ele reconhecerá que faz parte do processo de desenvolvimento da sociedade e na tomada de decisões, pois ele, juntamente com os demais cidadãos da sociedade estarão em busca contínua para melhorar as garantias individuais e coletivas e lutar pelos variados direitos imprescindíveis para viver com dignidade, tais como o direito à vida, à liberdade e a igualdade. É inegável que a inclusão digital inclusiva e as tecnologias da informação e comunicação (TIC) geram inúmeras possibilidades de uso, facilitando não só o acesso à informação, mas a participação popular e alavanca a democracia.

Com a tecnologia cada vez mais inserida na vida das pessoas e de fácil acesso, é imprescindível que cada um faça sua parte e use essa ferramenta a favor de todos. Educar para a efetiva participação social pode ser um trabalho que exigirá muito não somente de cada cidadão, mas do poder público, essa ‘luta’ deve ser recíproca, tanto de um

cidadão incentivando o outro, e do poder público no sentido de facilitar esse acesso, essa participação, promovendo, por exemplo, reuniões, audiências públicas, orçamento participativo em horários que possibilitem que o maior número de pessoas possa participar. Esses e outros meios de participação são fundamentais para que a sociedade se sinta inserida no espaço público, mostre a cara e não cale as suas vozes; só assim será possível interagir com o poder público; aumentar o controle social; levar as demandas da sociedade ao conhecimento de quem detém poder, garantindo e perpetuando um espaço de participação efetivo. Contudo, resta claro esclarecer, esse processo não é automático, exige que cada um faça a sua parte.

#### **4 DESAFIOS PARA AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO E GARANTIR A EFETIVAÇÃO DO REAL DIREITO DE PARTICIPAÇÃO**

A sociedade como um todo evoluiu para proporcionar o que temos hoje de participação popular e social. Ainda é possível perceber que muitas mudanças são necessárias; a sociedade está engatinhando, mas com sensibilização e ativismo de cada cidadão, a democracia aos poucos vai se fortalecendo e consolidando.

Camargo, Pereira e Filho (2012) apontam que nos últimos anos a democracia passou por muitas modificações até chegar a atual democracia e suprir verdadeiramente as necessidades; embora ela tenha muito a evoluir e muitos defeitos a sanar; houve até o presente momento mudanças significativas. É nítido que ela tenha um longo caminho a percorrer, mas o fato de cada cidadão despertar um senso mais consciente para a participação popular ativa e efetiva já a faz significativa.

Nesse viés, ainda Camargo, Pereira e Filho (2012) salientam que, mesmo que essa participação popular e social está ocorrendo, é importante trazer a baila que nem todo o cidadão tem ainda esse acesso

garantido, o que acaba gerando desigualdade de participação e de desconhecimento de demandas que são importantes e muitas vezes emergentes para esse cidadão ou até mesmo para o local que ele se encontra inserido. Assim, os autores mencionados destacam que é essencial que as pessoas se conscientizem da grandeza que a participação de cada cidadão representa para toda a sociedade e para a administração do seu Estado.

Jacobi (2002) ressalta que a efetiva participação do cidadão nos processos decisórios vem se consolidando e constituindo como uma ferramenta de engajamento da sociedade na gestão das políticas públicas, contudo, esse processo requer esforços de toda a sociedade, auto-organização e co-responsabilidade de cada cidadão e do poder público para atender as demandas propostas, implementando melhorias e formas capazes de contemplar todos os setores e pessoas da sociedade.

As formas de participação efetiva da sociedade são espaços legítimos do exercício da cidadania e de efetivação de direitos fundamentais, alargando esses direitos no plano político e social, construindo com isso, uma base estrita e horizontalizada entre governantes e governados. Esse processo de participação permite que o cidadão conheça o funcionamento do Estado, os limites, investimentos públicos e toda a atuação, e conseqüentemente permite que o Estado conheça os anseios e as dificuldades do seu povo; a partir de então é possível construir uma relação de co-responsabilização entre ambos, com a essência horizontalizada e dialogada.

Existem desafios que precisam ser superados para ampliar a participação, não deve haver discricionariedade dos governantes locais em criar espaços públicos e plurais de participação e deve haver cobrança da população para que isso se perfectibilize. Assim, Jacobi (2002) defende que a criação e manutenção dos espaços públicos que fomentem a tomada de decisões seria o caminho que a democracia almeja e elevaria a qualidade de vida das pessoas, estreitando relacionamentos do ente público com a sociedade de modo equânime e efetivamente participativo.

As possibilidades de reverter de forma significativa o atual quadro estão associadas, de um lado, à necessidade de uma reinvenção solidária e participativa do Estado. De outro, à difícil tarefa das organizações da sociedade civil, num contexto de erosão de direitos, de consolidar práticas que fortaleçam a sua capacidade de interlocução na definição de políticas públicas e na partilha dos recursos provenientes dos fundos públicos. (JACOBI, 2002, s/p).

Além de o governo ter a iniciativa de criar e manter espaços para garantir a expressão, a representação de interesses coletivos e a participação efetivamente democrática da sociedade; cada cidadão deve assumir o papel de partícipe e exercer um controle mais permanente e consistente na gestão da coisa pública, pois, todas as decisões e direcionamentos públicos também lhe atingem direta ou indiretamente.

O desafio existente é o de superar as barreiras socioinstitucionais e fortalecer políticas pautadas pela inclusão da noção de interesse geral. Esta se concretiza na medida em que o tema da cidadania é assumido como um ponto nodal para a institucionalização da participação dos cidadãos em processos decisórios de interesse público. Para tanto, existe a necessidade de levar em consideração o nível de informação e/ ou desinformação dos moradores a respeito das necessárias inter-relações com os temas da cidade e seu envolvimento com uma perspectiva que enfatize o interesse geral. Este entendimento da questão pode ajudar a eliminar algumas das barreiras socioculturais que, frequentemente, obstruem iniciativas formuladas para implantar melhoramentos no contexto urbano. Mas, que não são necessariamente bem-sucedidas, em virtude da falta de legitimidade e/ou consenso pelos diferentes atores relevantes, privados ou públicos, e que podem vir a ter um importante papel e impacto nos problemas e soluções. (JACOBI, 2002, s/p).

Rolim, Cruz e Sampaio (2013) mencionam que a participação e o próprio controle social na contemporaneidade não estão sendo efetivados em sua plenitude; essa deficiência muitas vezes pela falta de publicização do poder público em razão do desinteresse nessa participação popular contribui para a falta de informação e existência de interesses múltiplos para que a sociedade não saiba que possuem direitos e que tem o poder de exigí-los.

Em relação a esse cenário que o poder público recua e afasta sempre que possível à participação popular, a sociedade deve se mobilizar e fazer com que a participação e o controle social aconteçam na prática. Rolim, Cruz e Sampaio (2013) defendem que a sociedade deve lutar para efetivar de modo pleno esses espaços de participação social, e hoje o desafio atual permeia em volta da sensibilização de cada cidadão em assumir um compromisso com a sociedade como um todo e lutar para que a democracia participativa se efetive na prática e que cada um se torne protagonista neste processo democrático de participação e de controle social, pois só assim será possível constituir um país mais igualitário e com menos discrepâncias.

Já Mota Junior (2014) compreende que a utilização dos espaços públicos favorece uma conexão, maximiza a comunicação e promove uma interlocução entre o cidadão e o poder público local. E essa interação perfectibiliza a democracia participativa traduzindo-se em um direito humano inquestionável.

É imprescindível ampliar, desenvolver e aperfeiçoar cada vez mais esses espaços públicos que garantam a participação popular e social.

A nova visão de participação social por meio de espaços públicos permite a reunião de sujeitos políticos diversos, inserindo-os em uma etapa do ciclo de gestão de políticas públicas e garantias de direitos, além de favorecer a conexão com outras redes públicas e instituições participativas. Logo, por meio de um silogismo, o aumento do exercício da cidadania nas redes e espaços públicos desenvolve os processos participativos e concretização de direitos, de maneira direta, indireta ou reflexa. A participação social não pode ser vista com um fim em si mesmo, mas uma estratégia para

a universalização e concretização de direitos. (MOTA JUNIOR, 2014, s/p).

É relevante que o cidadão saiba qual é o seu papel e o valor desse papel perante a sociedade. Cada cidadão deve ser conhecedor e guardião de seus direitos, requerendo a efetivação destes por meio do Estado. Somente a partir do momento que cada cidadão cobrar e exigir a participação popular efetiva nas decisões do Estado e estiver verdadeiramente efetivando o controle social, é que se terá uma sociedade comprometida e capaz de minimizar as desigualdades sociais existentes, que atingem milhares de pessoas. Não será um processo rápido, automático e milagroso, mas repercutirá em mudanças significativas e que refletirão positivamente dentro da sociedade contemporânea. Além de fortalecer a cidadania e a democracia, todo esse processo garantirá o reconhecimento e a efetivação de muitos direitos que receberão novo tratamento e novo olhar, esperando vidas desprezadas e vulnerabilizadas.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa se propôs avaliar como o direito de participação popular e social pode ser efetivado e servir como instrumento capaz de minimizar e até mesmo prevenir desigualdades dentro da sociedade. Assim, compreende-se que a participação pode ser garantida por meio de plebiscitos, audiências públicas, reuniões, entre outras formas capazes garantir o governo por meio do debate público efetivado a partir da participação ativa da população ativa e desde que, o poder público garanta esse acesso e essa participação em horários facilitados para contemplar maior adesão.

A partir do momento que a participação popular e social se consolidar, será possível obter um controle social assíduo, com definições para o povo e pelo povo, com a tomada de decisões

realmente particip(ativa) e horizontalizada entre governante e governados, efetivando a democracia e rompendo barreiras que não deixam a sociedade avançar como sociedade democrática de direito, de justiça e mais humanizada.

Com a efetiva participação popular e social dos cidadãos nas decisões e nas ações que o Estado produz, será possível garantir o reconhecimento e o cumprimento de múltiplos direitos que para muitas pessoas, geralmente de classes sociais mais baixas é negado e com extrema dificuldade de acesso e garantia. A real participação dinamiza o espaço local, fortalece o debate público e é capaz de construir soluções para os graves problemas sociais que assolam a realidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 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: 04 jun. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

CAMARGO, Caroline Leite de; PEREIRA, Danilo Medeiros; FILHO, Raphael Hernandez Parra. **Efetivação dos direitos através da democracia**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/efetivacao-de-direitos-atraves-da-democracia/>. Acesso em 04 jun. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como

proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014.

FLAIN, Valdirene Silveira. **A inclusão digital como direito fundamental passível de viabilizar a participação cidadã.**

Disponível em:

[https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12541/DIS\\_PPGDIREITO\\_2017\\_FLAIN\\_VALDIRENE.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/12541/DIS_PPGDIREITO_2017_FLAIN_VALDIRENE.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Acesso em 18 jun. 2022.

JACOBI, Pedro R. **Políticas sociais locais e os desafios da participação cidadina.** Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/csc/a/kK3qkWwStp5gvBvrH4gyK5K/?lang=pt#>. Acesso em: 18 jun. 2022.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. **O direito fundamental à participação popular e a consolidação da democracia deliberativa na esfera pública municipal.** Disponível em:

<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041636.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2022.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Dignidade, direitos humanos e fundamentais:** uma nova tecnologia disruptiva. Disponível em:

[https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872017000100007](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000100007). Acesso em: 04 jun. 2022.

MOTA JUNIOR, João Francisco da. **A Constituição cidadã e a participação social:** além da cidadania uma questão de efetivação de direitos. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eb484fced33f6d6d>. Acesso em: 18 jun. 2022.

**OXFAM. Poder, lucros e a pandemia:** da distribuição excessiva de lucros e dividendos de empresas para poucos para uma economia que funcione para todos. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/justica-social-e-economica/poder-lucros-e-pandemia/>. Acesso em 21 jun. 2022.

**PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

**ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS:** uma revisão narrativa. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sdeb/a/dNgCW9WdJJx7VHV7xWkhSHq/?lang=pt>. Acesso em 18 jun. 2022.

# A TEMPESTIVIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL E A SUA (IN) SEGURANÇA JURÍDICA QUANTO AO PREENCHIMENTO DO STANDARD PROBATÓRIO<sup>1</sup>

Tariane Menegaz<sup>2</sup>

Wilgner Gabriel Albuquerque<sup>3</sup>

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é o de obter maiores informações acerca da tempestividade e da valoração do reconhecimento de pessoas como prova do processo penal brasileiro. A metodologia utilizada aqui se deu por meio do método dedutivo, mediante pesquisa em material bibliográfico e legislação. Os resultados e conclusões foram que em vista os riscos de uma identificação criminal falha, o julgador não pode se alienar dessa possibilidade, devendo esse, ao valorar a prova, se sustentar na percepção de que foram preenchidos requisitos legais, de concordância com os limites psicológicos e de boa-fé, de modo que o preenchimento satisfatório do standard probatório se faz essencial para que ocorra a preponderância do reconhecimento de pessoas como prova no processo penal, observando-se

---

<sup>1</sup> O trabalho teve como orientador o Professor Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Professor do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Erechim/RS, Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI), Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim, Conselheiro da ACRIERGS e Advogado Andrey Henrique Andreolla. *E-mail:* andreyandreolla@uricer.edu.br

<sup>2</sup> Acadêmica do oitavo semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Erechim/RS. *E-mail:* 094517@aluno.uricer.edu.br

<sup>3</sup> Acadêmico do oitavo semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Erechim/RS. *E-mail:* contato.Wilgner.Albuquerque@gmail.com

para tal o procedimento do Código de Processo Penal.

**Palavras-chave:** processo penal, reconhecimento pessoal, standard probatório.

## 1 INTRODUÇÃO

Para a propositura da ação penal, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, HC nº 433299/TO (BRASIL, 2018), se faz necessário indícios de autoria e provas da materialidade. Com esse objetivo, buscou-se a reconstrução dos fatos para chegar o mais perto da verdade, construindo o subsídio probatório de materialidade e indícios de autoria. Existem elementos informativos e provas que corroboram o entendimento do julgador, entre eles está o reconhecimento pessoal pela vítima ou por testemunhas do autor do delito, disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Nesse aspecto, o reconhecimento pessoal vem sendo utilizado para resgatar as memórias do evento delituoso para confirmar a autoria do crime por meio de procedimento previsto em lei. No entanto, tal método de compreensão dos fatos possui várias falhas, entre elas a desconsideração do tempo a ser produzida a prova, tendo em vista que a memória da pessoa humana possui variação com o decurso de tempo e com o trauma emocional que lhe é causado. Quando o procedimento não é observado, bem como o risco com o percurso do tempo para a obtenção da prova, casos como prisões e acusações injustas tornam-se recorrentes.

Considerando isso, o presente trabalho pretende verificar o momento adequado para a realização do procedimento, bem como ele é valorado como prova configurando o standard probatório observado pelo magistrado a fim de proferir as decisões dentro do processo Penal. Para isso, pretende-se fazer uma análise de estudos, teorias doutrinárias e jurisprudências em detrimento aos desafios do reconhecimento pessoal objetivando obter uma concepção aprimorada da prova aqui estudada.

## 2 DO CARÁTER ANTECIPATÓRIO, IRREPETÍVEL E URGENTE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Adentrando na questão da produção do reconhecimento de pessoa como prova do processo penal, faz necessário avaliar dois aspectos: a tempestividade; e a irrepetibilidade. Quanto ao primeiro ponto, aborda-se uma das principais problemáticas entorno do assunto, isso porque o lapso temporal entre a ocorrência do fato e a fase de instrução (produção de provas) de forma morosa prejudicaria a qualidade do reconhecimento, e até mesmo ensejaria a fabricação de falsas memórias em decorrência da complexidade da capacidade psíquica humana.

Nesse sentido, Bernasconi (2003) enfatiza que a “moderna psicologia confirma, portanto os resultados das pesquisas: os percentuais de reconhecimentos corretos continuam a se revelar extremamente baixos” (tradução livre). Logo, entende-se que o reconhecimento de pessoas deveria ser interpretado como uma prova urgente a ser produzido, em face de sua deterioração temporal probatória.

Adiante, tratando brevemente das falsas memórias, é de grande valia que se faça primeiramente sucinta conceituação acerca do termo. Segundo Flores:

A memória de curto prazo abarca informações guardadas na memória apenas por poucos instantes. Portanto, é a memória que utilizamos para proferir uma frase gramatical que faça sentido. A memória de longo prazo contempla as informações que ficam armazenadas por mais tempo, podendo perdurar por horas, dias, anos ou mesmo décadas. A memória de longo prazo pode ainda ser dividida em memória procedural e memória declarativa. A primeira vincula-se as memórias de capacidades ou habilidades motoras ou sensoriais e o que chamamos de hábitos (v. G. Andar de bicicleta, nadar, saltar, soletrar, etc.). A memória declarativa registra fatos, eventos ou conhecimento, sendo responsável pelo armazenamento de dados passíveis de serem declarados. (FLORES, 2010).

Portanto, o que se extrai do dito acima é que a memória, que seria o núcleo do procedimento de reconhecimento pessoal, é algo que carece de segurança jurídica, já que há dependência de um fator qualitativo para que haja uma valoração de prova que seja indubitável em sua análise, ao passo que essa materialização é inerente a um caráter subjetivo derivado da própria incompreensão humana em face das imagens mentais que podem ser alteradas por fatores externos e internos decorrentes do tempo-espaço.

Forma-se, então, uma linha tênue entre a confiabilidade da prova e possibilidade de modificação da matéria que dará origem a essa comprovação processual. Isso é reforçado pela reflexão de Capitta que pontua “o reconhecimento possui quase sempre um alto grau de falibilidade e, portanto, um valor probatório de escassa consistência” (tradução livre).

Por conseguinte, em análise ao segundo quesito, o qual seria o da impossibilidade de se refazer o procedimento de reconhecimento, entende-se que além da haver a tempestividade, isto é, da urgência que esse tipo de prova necessita e de sua característica antecipatória, esse seria o ponto chave, a genuinidade de se ter uma memória preservada para a realização do teste. No tocante que, uma imagem virgem e livre de preceitos pré-determinados teria uma melhor performance na seara qualitativa da prova, visto que o estado originário da lembrança é tão particular que não poderia se reestabelecer para uma segunda contraprova, já que as condições e critérios inerentes à primeira comparação de imagens estariam, de certo modo, contaminando o segundo teste (AROCENA, 2004).

Desse modo, o estágio inicial em que uma testemunha/vítima encontra-se com a gravação de memória do autor do fato uma vez alterado por meio de comparação de pessoa e imagens de forma sequencial ou simultânea, incidiria na mutabilidade da memória que, a partir de então, se utilizaria do juízo de valor feito no primeiro reconhecimento, criando um direcionamento pré-estabelecido no tocante à imagem da autoria delitiva, ou seja, haveria uma

mutabilidade inconsciente e até mesmo involuntária da memória, sendo irreversível a sua conversão aos preceitos formados anteriormente ao reconhecimento de pessoas, indo contra a eficácia probatória (JAUCHEN, 2009).

Continuando, em prefácio de suas características subjetivas e delicadas, o procedimento do reconhecimento de pessoas deve ser conduzido de modo fidedigno ao texto normativo, afastando-se a ideia de mera recomendação do Código de Processo Penal. Isso se dá pelo fato da unicidade de produção que essa prova carrega consigo, uma vez que qualquer violação ao procedimento interferiria na eficácia e na própria valoração da prova, podendo, inclusive, alternar o resultado de positivo para negativo e vice-versa se não seguidas as determinações estipuladas pelos arts. 226 e seguintes do CPP, os quais dispõem:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (BRASIL, 1941).

É considerando os pontos levantados nesse tópico que se produz uma prova idônea por meio do reconhecimento de pessoas e que se tem a sua consequente valoração por meio do livre convencimento motivado do juiz no decurso do processo.

### 3 DOS STANDARDS PROBATÓRIOS

Abordando o fator da valoração da prova, os standards probatórios nada mais são do que os modelos de constatação da prova, isto é, dizem a respeito aos níveis que são exigidos nas diferentes espécies de processos, de modo que são métodos para que se atinja um determinado nível que seja suficiente para superar a dúvida razoável. De acordo com Haack:

O *standard* probatório seria os parâmetros a serem seguidos pela justiça para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu. *Standard* probatório seria o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir. Os Standards são, portanto, os graus de “aval”, confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de “aval” não são probabilidades matemáticas (HAACK, 2014).

Em resumo, os standards probatórios correspondem ao quantum de prova se faz necessário para que haja uma resolução pautada na alegação sustentada pela materialidade de uma prova que a fundamente. No processo penal em específico, a superação da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*) é associada ao princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu) e teve sua difusão globalizada a partir da jurisprudência norte-americana (RAMOS, 2006).

Prosseguindo, a importância de se adotar standards probatórios no processo penal é pautada em um sistema de tripé formado da por: preponderância da absolvição de um culpado em face da condenação

de um inocente; paridade de armas; ônus da prova da acusação. Assim, ao contrário do sistema inquisitivo, o ônus de que se prove tal fato é passado para acusação (sistema acusatório), já que no Brasil a acusação é figurada por instituição pública, a qual seja o Ministério Público, logo a paridade de armas é afetada pelo acesso a mais meios, acesso e recursos institucionais para que sustente a tese acusatória. (BRASILEIRO, 2019). Nesse sentido o ônus da prova serve para equilibrar as partes, não devendo o réu provar sua inocência, sob benefício da absolvição caso haja dúvida, nos moldes do art. 386, IV do CPP.

No quesito de aplicabilidade do standard probatório no processo penal brasileiro, a sua maior força legal encontra-se justamente no princípio do *in dubio pro reo*. Todavia, perante a temática abordada, do reconhecimento de pessoas, a própria valoração ou suficiência da prova é questionada, é um valor mais subjetivo do que das demais provas, porém, não são raras as condenações baseadas apenas no valor probatório do reconhecimento de pessoas. Em complemento a essa ideia, Dallagnol diz o seguinte:

O melhor Standard Probatório, que exprime essa ideia, é o da prova para além de uma dúvida razoável ou, na expressão inglesa, *beyond a any reasonable doubt*. Essa noção, embora um tanto fluida, assume a realidade de que a verdade e a certeza são inalcançáveis ou inadequadas e, ao mesmo tempo, infunde a necessidade de uma dose bastante significativa de segurança para a condenação criminal. Dentro dessa ideia, apenas a dúvida que seja razoável, e não qualquer dúvida, afasta a condenação, e nesse sentido é que deve ser compreendido o brocardo *in dubio pro reo*”. (DALLAGNOL, 2018).

É nessa dualidade de dúvida razoável que o standard probatório é erroneamente afastado dos julgados envolvendo o reconhecimento de pessoas, visto que não se consideraria qualquer dúvida como sendo favorável ao réu. Entende-se, assim, que urge a necessidade de que se tenha, de algum modo, um standard probatório mais assertivo referente a prova oriunda do reconhecimento de pessoas. Entende-se,

também, que não é tão somente a existência de duas versões/hipóteses que irão estabelecer o benefício da dúvida ao réu, uma vez que é inerente ao processo penal o confronto de ideias opostas entre defesa e acusação (DALLAGNOL, 2018).

O preenchimento probatório e, mais do que isso, a qualidade da prova, são o que ditam a aproximação da verdade fática para com a verdade real derivada do devido processo legal. Com isso, percebe-se que o reconhecimento de pessoas é um tipo de prova que depende de outros fatores probatórios para a sua validação segura, restando para agora a negativa de que só esse elemento seria suficiente para ultrapassar a dúvida razoável e ensejar uma sentença condenatória com segurança jurídica (DALLAGNOL, 2018).

#### **4 DA INFLUÊNCIA NA SENTENÇA**

A sentença, conforme dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, necessita de fundamentação, ou seja, o juiz ao prolatar a sentença tem o ônus de fundamentar a decisão final considerando os fatos, provas produzidas durante o processo, bem como a legislação e entendimentos vinculantes vigentes. Aury Lopes Jr leciona:

A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.

O processo está destinado a comprovar se um determinado ato humano realmente ocorreu na realidade empírica. Com isso, o saber – enquanto obtenção de conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo, que deverá ser um instrumento eficaz para sua obtenção. (2020)

Nesse aspecto, o juiz valora as provas a fim de fundamentar as decisões, e, portanto, a prova no processo penal tem importante papel de convencer o julgador, pois esclarece o caso e facilita a decisão final ao magistrado, que terá maior convicção de justiça. Ainda, Aury Lopes Jr. prossegue com relação a motivação da sentença:

o juiz deve analisar e enfrentar a totalidade (sob pena de nulidade) das teses acusatórias e defensivas, demonstrando os motivos que o levam a decidir dessa ou daquela forma. A motivação dá-se em duas dimensões: fática e jurídica. Na primeira, procede o juiz à valoração da prova e dos fatos, reservando para a segunda a fundamentação em torno das teses jurídicas adotadas e também o enfrentamento das teses jurídicas alegadas, mas refutadas. Por fim, sendo a sentença condenatória, deverá o juiz manifestar-se sobre a responsabilidade civil do réu, fixando o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. (2020)

Para isso, é preciso observar as provas produzidas no processo, inclusive o reconhecimento pessoal. No presente estudo, o reconhecimento pessoal realizado por testemunha ou pela vítima, expressa os fatos acontecidos da maneira que essa o presenciou, levando em conta seus sentidos, identificando o autor do delito, o que impacta na compreensão dos fatos e na verificação do sujeito autor do crime. A partir disso, há complexidade para valoração dessa prova, uma vez que se dá pelas distorções da memória humana. Não se trata de meio de prova seguro e eficaz, ainda mais com o transcurso de tempo, tendo em vista que a memória tende a se transformar, ressignificando os acontecimentos, existindo inúmeros fatores que influenciam a produção de uma memória, no entanto, restando falsas memórias, muitas vezes.

Em contraponto, em que pese as notórias falhas, seja pela produção de memórias falsas, seja pelo decurso de tempo ou pela

controvérsia entre a imprescindibilidade do procedimento descrito em lei, ainda, muitos dos magistrados utilizam-se tão somente do reconhecimento pessoal fotográfico para proferir sentenças condenatórias. Entretanto, vê-se que tão somente o reconhecimento pessoal, considerando as eventuais falhas psíquicas humanas não poderiam ser a base principal para a condenação de um acusado, para isso, restou necessário a fundamentação com suporte probatório suficiente para as decisões judiciais se tornarem mais eficientes ao longo dos anos.

Anteriormente, o julgador com base em sua íntima convicção, poderia proferir uma sentença sem fundamentação adequada. Atualmente, o magistrado deve, obrigatoriamente, conforme predispõe a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX, fundamentar toda e qualquer decisão, sob pena, em caso contrário, de ser considerada nula, partindo-se do princípio do livre convencimento motivado. Pacelli dispõe:

O juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente. Um único testemunho, por exemplo, poderá ser levado em consideração pelo juiz, ainda que em sentido contrário a dois ou mais testemunhos, desde que em consonância com outras provas (2020, p. 431).

Ademais, conforme conceitua Nucci, a natureza jurídica do reconhecimento pessoal:

Trata-se de meio de prova. Através do processo de reconhecimento, que é formal, como se verá a seguir, a vítima ou a testemunha tem condições de identificar (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valorosa importância para compor o conjunto probatório (2020, p. 834).

Ou seja, o magistrado em seu livre convencimento, analisa as provas existentes nos autos, observando inclusive a prova referente ao reconhecimento realizado. Contudo, o atual sistema jurídico não predispõe de forma quantitativa ou qualitativa o valor de cada prova

que possa as hierarquizar e considera-las como objetivas para a condenação ou não do acusado.

Para Bacila (apud Lopes Jr, 2020) “tabelar significa cercar a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo”. Mais que isso, a forma como se valora uma prova pode mudar o rumo do processo, dentre as possibilidades, o julgador elenca os argumentos que irão fundamentar a decisão. A valoração da prova no processo penal tem sido aplicada de maneira contextual, pois como toda e qualquer relação jurídica e subjetiva pessoal, as situações são mais complexas e peculiares além do que o legislador poderia imaginar para quantificar ou qualificar uma prova ou outra. Em reflexão, William Twining afirma que:

[ ] os elementos essenciais que devem ser ponderados na comparação entre as hipóteses são o manejo de dados, construção e exame crítico de argumentos, incluindo técnicas de organização de prova, classificação das provas quanto às fontes de onde se originam, habilidades de raciocínio inferencial, habilidades matemáticas básicas, construção, transmissão e rebate de histórias persuasivas, bem como as questões éticas relacionadas a todos esses aspectos. (apud FERNANDES, 2019, p. 60)

Para Nucci, o reconhecimento pessoal deve ser visto como prova, em especial a realizada em juízo, devendo considerar a sua importância no conjunto probatório:

Quanto ao reconhecimento feito em juízo, é prova direta, mas sempre subjetiva merecedora de análise cautelosa. Se testemunhas podem mentir em seus depoimentos, é natural que reconhecedores também podem fazê-lo, durante o reconhecimento de alguém. Além disso, é preciso contar com o fator de deturpação da memória, favorecendo o esquecimento e proporcionando identificações casuísticas e falsas. O juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências (2020, p. 839).

Com base nisso, numa perspectiva de convencimento razoável considerando as provas e a sua subjetividade, necessário é busca dos critérios para melhor percepção da validade e eficácia do reconhecimento pessoal. Para isso, elenca-se algumas variáveis de grande relevância para o magistrado levar em consideração na valoração da identificação criminal:

- i) O tempo da prova: tendo em vista que é uma prova que se afeta diretamente com o decurso do tempo, se perdendo na mente humana incapaz de guardar riqueza de detalhes sem a deterioração ao longo do tempo, mostra-se inviável a produção da mesma meses ou anos após o delito. Assim, verifica-se a necessidade da captura da prova da maneira mais célere possível.
- ii) Imprescindibilidade da observância dos requisitos legais ao procedimento: Em contrapartida a celeridade da produção da prova, tem-se como imperativo a observância dos requisitos previstos em lei, indispensáveis para resguardar o procedimento adequado da prova. No entanto, em busca da celeridade, eventualmente se tem respingo no procedimento de obtenção da prova, deve-se averiguar e resguardar a prova com cautela.
- iii) Indícios suficientes de que o reconhecimento é possível e verossímil: trata-se da racionalidade cognitiva sobre o que é dito, veja-se, uma pessoa a 100 metros de distância não possui a mesma capacidade de reconhecimento que uma a 15 metros do ocorrido, assim, logicamente, é preciso um instinto do julgador em verificar possíveis falhas no que lhe é narrado, tendo em vista, em principal, que não se trata de esperar a má-fé daquele que se ouve, mas também porque a psique humana possui barreiras e interpreta eventos de maneiras distintas, o que nem sempre acarretará a verdade real dos fatos que compõem o ocorrido.

Dentre outros elementos, o juiz ao valorar a prova da identificação criminal, deverá compreender as nuances da psique humana, bem como os riscos de uma prova mal interpretada ou obtida de maneira falha pode acarretar ao indivíduo no banco dos réus. Trata-se do juiz razoável na fundamentação das decisões, visando o objetivo geral de justiça com a observância de elementos que possam acarretar uma melhor decisão judicial.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os riscos de uma identificação criminal falha, conclui-se que o julgador não pode se alienar dessa possibilidade, devendo esse, ao valorar a prova, se sustentar na percepção de que foram preenchidos requisitos legais, de concordância com os limites psicológicos e de boa-fé. Pois, não basta tão somente a decisão judicial fundamentada, mas se faz imprescindível que todo o processo penal seja conduzido com eficiência, em principal na colheita de provas como o de reconhecimento pessoal. Esse que tem a interferência de requisitos além dos objetivos descritos em lei, mas também de requisitos de ordem social e psicológica na aferição da identidade do autor do delito.

Além disso, a questão preservação da prova, a qual fica sob a incidência do tempo, pode gerar falsas memórias, comprometendo o resultado idôneo para se valorar tal tipo de prova. A subjetividade do reconhecimento de pessoas tem trazido mais elementos prejudiciais do que benefícios, isso porque partindo da premissa de que mais vale um suposto delinquente solto do que um inocente preso, se anularia, em grande parte, a ocorrência de erros judiciais pautados num fator tão maleável e flexivo como a memória humana.

Assim, vários são os fatores que tem potencial para alterar a percepção do homem, ainda mais quando se fala em presenciar um crime, a situação de estresse, pressão, nervosismo e trauma podem

interferir na memória projetada a partir do fato presenciado e em alguns podendo deletar certas informações e percepções, sendo maiores essas premissas conforme a dilatação do tempo entre a ocorrência do delito e a coleta da prova, observando-se o caráter antecipatório e irrepetível desse tipo de prova, fatores que impedem e/ou limitam o teor qualitativo do reconhecimento de pessoas e consequentemente o seu nível de valoração em contraste com os demais elementos probatórios de certo processo criminal.

Desse modo, o preenchimento satisfatório do standard probatório é essencial para que ocorra a preponderância do reconhecimento de pessoas como prova no processo penal, observando-se para que os princípios basilares do *in dubio pro reo* e da presunção da inocência, cumulado com a questão temporal, de urgência e de prova irrepetível feita pelo método simultâneo. Assim, tendo-se uma prova idônea e que seja capaz de superar à dúvida razoável, nada impede que se tenha uma maior efetividade do reconhecimento de pessoas como quesito confiável para ensejar uma decisão jurídica justa, ponderada e em consonância com a totalidade do processo penal de cada caso concreto instruído.

## REFERÊNCIAS

AROCENA, Gustavo A. **El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles**. In: Temas de derecho procesal penal (contemporâneos). Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004.

BERNASCONI, Alessandro. **La ricognizione di personel processo penale**. Struttura e procedimento probatorio. Turim. G. Giappichelli Editore, 2003.

BRASIL. Decisão do Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS N° 433299 TO 2018/0008602-5**.

BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de processo penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 10 maio 2022.

BRASILEIRO, Renato Brasileiro de Lima. **Manual de processo penal**. Imprensa: Salvador, JusPODIVM, 2019.

CAPITTA, Ana Maria. **Ricognizioni e individuazioni di persone nel diritto delle prove penali**. Università degli studi di Milano. Milão: Editora Guffrè, 2001.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As Lógicas das Provas no Processo: prova direta, indícios e presunções**. 1. ed. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal**, 2019.

FLORES, Marcelo Marcante. Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?). **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010.

HAACK, Susan. **As Evidências importam: Ciência, Prova e a Verdade da Lei**. Inglaterra: Cambridge University Press, 2014.

JAUCHEN, Eduardo M. **Tratado de la prueba en materia penal**. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni Editores, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



Curso de Direito