



Faculdade

**EVANGÉLICA  
DE RUBIATABA**

ASSOCIAÇÃO EDUCATIVA EVANGÉLICA

# MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA



Portal de Anais Eletrônicos  
**UniEVANGÉLICA**

**Evento: XV MOSTRA CIENTÍFICA DA FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA**

## **SUMÁRIO**

**1 - A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.346/06.**

**Autores:** Ana Luísa da Silva Rosa, Andressa Oliveira Lourenço, Jaqueline Souza da Silva.

**2 - A MIGRAÇÃO E O MULTICULTURALISMO.**

**Autores:** Alessandra dos Santos Oliveira, Lídia de Lima Ribeiro, Priscila Karoline Oliveira Fortunato.

**3 - A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL.**

**Autores:** Ana Luísa da Silva Rosa, Andressa Oliveira Lourenço, Jaqueline Souza da Silva.

**4 - A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA NOS CRIMES SEXUAIS.**

**Autores:** Sérgio Weverton Camargo Paula, Alessandra dos Santos Oliveira, Mikhaelly Mendes de Oliveira.

**5 - ANÁLISE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER APÓS O ADVENTO DA LEI 13.104/2015.**

**Autores:** Alessandra dos Santos Oliveira, Mikhaelly Mendes de Oliveira, João Paulo da Silva Pires.

**7 - CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO.**

**Autores:** Alessandra dos Santos Oliveira, João Paulo da Silva Pires, Mikhaelly Mendes de Oliveira.

**8 - ESTUDO ACERCA DA PROPRIEDADE RURAL E A SUA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DA REFORMA AGRÁRIA.**

**Autores:** Alessandra dos Santos Oliveira, Mikhaelly Mendes de Oliveira, Rafaella Ferraz Santos.

**9 - REVISTA ÍNTIMA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO X PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

**Autores:** Mikhaelly Mendes de Oliveira, Alessandra dos Santos Oliveira, João Paulo da Silva Pires.

**10 - SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.**

**Autores:** Ana Luísa da Silva Rosa, Andressa Oliveira Lourenço, Jaqueline Souza da Silva.

**LEIDIANE DE MORAIS E SILVA MARIANO**  
**Coordenação Editorial**  
**Coordenadora de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito**  
**2021.1**

# **A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.346/06.**

Ana Luísa da Silva Rosa<sup>1</sup>  
Andressa Oliveira Lourenço  
Jaqueline Souza da Silva

## **RESUMO**

Este trabalho abordará como tema o consumo de entorpecentes, especialmente a sua posse para consumo próprio. Analisamos a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no art. 28 da lei 11.343 de 2006, bem como suas características e critérios para utilização própria. Para isso, realizamos uma pesquisa referente ao conceito, natureza jurídica, origem, e os critérios adotados pelos tribunais para sua aplicação.

**Palavras-chaves:** Entorpecentes; Posse; Princípio da Insignificância.

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como objetivo tratar do consumo de drogas de maneira geral, assunto este que constitui um dos principais casos de aumento da violência e da criminalidade no país, visto que o crescimento do índice das pessoas que consomem substâncias ilícitas tem sido gritante nos últimos tempos.

A destruição que o vício causa não apenas com aquele que consome, mas com todo seu âmbito social é perceptível, atingindo familiares e amigos que convivem com ele. É errado pensar que somente a classe social baixa é exemplo de quem consome entorpecente, visto que a alta sociedade está igualmente envolvida no mundo das drogas, sobretudo, os menores de idade.

Aqui, cuidamos também sobre a dificuldade encontrada pela população em viver de forma segura, já que para conseguir comprar as drogas, os dependentes atingem de forma cruel terceiros ou até mesmo seus familiares, por meios de furtos, roubos, e muitas das vezes seguidos de agressões físicas, podendo até cometer crime de latrocínio, que é roubo seguido de morte.

Este trabalho tem como finalidade analisar o princípio da insignificância e a lei de drogas frente ao ordenamento jurídico pátrio, no que se refere à aplicação de tal princípio nos casos de uso ou tráfico de drogas ilícitas. É nesse sentido que discutimos a sua aplicação aos casos versados pelo artigo 28 da lei 11.343/06 fere ou não outros princípios constitucionais.

---

<sup>1</sup> Graduandas do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, cursando o 8º período.

Além disso, trazemos também as diferentes posições do STJ e STF frente ao tema escolhido, deixando claro que há uma determinada necessidade de discutir e debater sobre o assunto, uma vez que não há nenhum entendimento pacífico nos grandes tribunais. Surge daí, então, a relevância do tema abordado.

O método utilizado para fins de pesquisas e elaboração desse trabalho foi o uso de pesquisas bibliográficas em livros e em monografias a fim de orientação e conhecimento pleno necessário sobre o assunto, bem como alguns posicionamentos jurisprudenciais, além de pesquisas informativas encontradas em vários sites da internet que abordam informações importantes sobre a nova lei de drogas 11/343/2006 e os posicionamentos dos tribunais superiores.

## **1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

Sendo o Direito penal, fundado na dignidade da pessoa humana, onde a pena criminal não constitui instrumento de dominação política ou submissão cega do poder estatal, mas sim, um meio de resguardar os valores constitucionais expressos ou implícitos, ele não deve criminalizar comportamentos que produzem lesões insignificantes aos bens jurídicos tutelados. O princípio da insignificância não está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa, sendo assim, é um princípio que encontra amparo na doutrina e na jurisprudência, sendo um princípio implícito, tratando de causa de exclusão da tipicidade (materialidade) da conduta. Afirma o autor Francisco de Assis Toledo:

“Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se com bagatelas”.

De uma maneira mais sucinta, significa que o campo penal não deve ser acionado para ocupar-se de questões insignificantes. (TOLEDO, 1994, p. 133.)

Assim, exemplificam Estefam, André, 2016 que: se um indivíduo ingressa num estabelecimento empresarial e, aproveitando-se da distração do atendente, subtrai uma folha de papel sulfite, realiza uma ação formalmente típica, pois o ato se subsume aos elementos presentes no art. 155, caput, do CP “subtrair, para si, coisa alheia móvel”, mas materialmente atípica, posto que inexpressível a lesão jurídica provocada. O dano ao patrimônio da pessoa jurídica vitimada é tão insignificante que se torna injustificada a imposição de uma pena criminal ao agente.

### **1.1 A aplicação do princípio da insignificância segundo o STF**

A Jurisprudência nacional prestigia grandemente o princípio da insignificância ou bagatela, já tendo sido acolhido em inúmeras decisões de nossos tribunais, notadamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Este, inclusive determinou quatro requisitos necessários para a sua aplicação, de tal modo que a apreciação concreta da insignificância do comportamento não fique adstrita à dimensão econômica do prejuízo sofrido pela vítima, mas seja pautada por uma análise global da conduta e do agente, conforme expõe a seguinte jurisprudência do STF:

**EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO.**  
1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: **(i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.** 2. 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. 3. Ordem concedida. Decisão. A Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 14.2.2012. (STF - HC 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de julgamento: 14/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/03/2012).

De uma maneira que esclareça esses requisitos, busca-se identificar o grau de lesividade que o agente agiu para cometer o crime, de modo que a sociedade em geral não pode sofrer nenhum risco, a conduta do agente deve ser aceitável e compreensível diante da sociedade, não devendo ser reprovável em larga escala e se a lesão sofrida pela vítima for insignificante ou irrelevante.

É irreconhecível a bagatela em um âmbito de condutas que atentam a vida, a dignidade da pessoa humana, a saúde e a integridade física de qualquer pessoa, pois nestes casos a consuta é sim significativa, havendo incidência do direito penal.

As proposições do referido princípio não são consolidadas e modificam-se de caso em caso. Admitindo adaptações e acréscimos. Portanto este é um princípio utilizado para evitar a atuação desnecessária do Estado frente a situações em que a conduta demonstra-se irrelevante e, conforme o STF, os quatro vetores devem ser sempre observados, entretanto nem sempre serão ponderados na mesma proporção.

## **2. A LEI DAS DROGAS**

Primeiramente, desejamos que a problemática sobre as drogas seja vista como questão de saúde pública. Destacamos que existem duas espécies de consumidores de substâncias ilícitas: o usuário e o dependente químico.

O dependente químico não é somente aquela pessoa que se utiliza dos entorpecentes porque é atrativo e estimulante, como o usuário. A dependência é considerada doença, tendo em vista a perda do controle pelo indivíduo quando não tem a substância ao seu alcance. O que resulta em comportamentos e reações estranhas e perigosas.

A nova lei de drogas 11.343/2006 traz em seu rol diversas mudanças em função dos usuários de drogas e o traficante. Possuindo aplicação em todo o âmbito Jurídico nacional. Essa lei criou o Sisnad (Sistema Nacional de Políticas públicas sobre drogas) que possui a finalidade de comandar a prevenção do uso indevido e a necessária cautela com aqueles que consomem e são dependentes das substâncias ilícitas.

Essa lei busca prestar o mínimo de auxílio ao usuário de drogas, com o fim de esclarecer que o problema é primeiramente de saúde pública do que efetivamente criminal.

O fato de o Brasil estar próximo do mercado produtor de drogas (Colômbia), e por possuir um grande potencial de consumo, tem sido visualizado pelos traficantes como um país que possui altas oportunidades de se obter lucro por meio dessas iniciativas. Essas atividades criminosas não são referentes apenas à produção e a comercialização das drogas, mas sim à violência e à corrupção para que tal ato seja continuado e mantido, já que para ser sustentado o vício, os indivíduos se dispõem a praticar crimes com fins lucrativos, e em grande parte com emprego de violência por conta dos efeitos das drogas (NUCCI, 2009).

Estudos comprovam que são diversos os fatores que levam um indivíduo a fazer uso de algum tipo de droga, e tornando-se até em muitos casos um dependente químico. A pressão de grupos de colegas, problemas familiares, necessidade de se integrar socialmente, busca pelo levantamento da autoestima e até mesmo por curiosidade.

O consumo e o uso das drogas não só provocam a dependência, como também pode levar os usuários à morte. É o caso da overdose, dos problemas de saúde e do envolvimento do usuário à violência, já que ao se tornar uma pessoa dependente da droga precisam cada vez mais de uma dose maior da substância, e para sanar seus vícios se prevalecem da violência, se envolvendo em roubos ou em furtos. E no mais drástico caso, quando não conseguem acertar suas dívidas com os traficantes, acabam sendo mortos como forma de pagamento.

### **3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA NO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

O artigo 28 da lei de drogas aduz que:

[...] Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas;  
II - prestação de serviços à comunidade;  
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo [...]

Em resumo, esse artigo determina condutas que serão passíveis de punição: adquirir, guardar, possuir em depósito, transportar ou trazer consigo. Basta praticar alguma dessas condutas para configurar a incidência do artigo.

É lógico que o artigo 28 da Lei 11.343/06 deve ser interpretado conforme os princípios trazidos pela Carta Magna, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tal premissa busca assegurar uma gama de direitos que podem sofrer ameaça ou lesão a qualquer momento.

À vista disso, Roberto Soares Garcia alude que a essência de tal dispositivo ofende preceitos básicos do ser humano, como a intimidade e vida privada, tendo em vista que as ações das pessoas que não ultrapassem sua esfera individual devem ser tratadas conforme a liberdade de cada um. Para ele, as pessoas possuem autonomia e liberdade para gerirem a sua vida, não devendo o Estado intervir ou se manifestar a respeito da intimidade que cada indivíduo tem garantida. O autor ainda enfatiza que se os atos dessas pessoas vierem a ofender outros indivíduos, deverão responder criminalmente, mas não com base no artigo 28 desta Lei (GARCIA, 2012).

Por outro lado, também há posicionamentos do STF contrários à aplicabilidade da insignificância, conforme pode ser visto na jurisprudência abaixo:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO.

I - Com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, não mais subsiste o alegado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

II - A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

III - No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido.

IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes.

V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente.

VII – Habeas corpus prejudicado. (HC n. 102.940/ES, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1T, DJe 6.4.2011).

A maioria dos Ministros que compõem a Corte em comento possuem posicionamento contrário à aplicação do princípio da insignificância ao art. 28 da Lei 11.343/06. Os argumentos utilizados diante da temática em tela variam de preocupações com a saúde pública à presunção de perigo ao bem tutelado. Para elucidar tal afirmação segue o RHC nº 35.920-DF:

**“RECURSO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.**

**1. Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes.**

**2. O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública, e não apenas a do usuário, visto que sua conduta atinge não somente a sua esfera pessoal, mas toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes.**

3. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, **bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado.** Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.

**4. A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio,** visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006.

5. Recurso em habeas corpus não provido.” 172 (grifo nosso)

Dessa forma, a Suprema Corte tem entendimentos bem parecidos com o STJ, utilizando dos mesmos argumentos para defender que não é devida a aplicação da insignificância no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Os tribunais brasileiros não possuem um único entendimento firmado e após o estudo do princípio da insignificância, buscamos avaliar a possibilidade de sua aplicação referente à infração esperada no texto do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, que diz respeito ao porte de drogas para uso próprio.

É extensa a controvérsia sobre o conteúdo. Existe posições distintas nos Tribunais Superiores sobre esse assunto, também não consolidadas ou absolutas.

De acordo com o conhecimento majoritário, trata-se de uma infração que influencia a saúde pública, definida por ser um crime de ameaça presumida.

Assim:

[...] a utilização genérica do princípio da insignificância na prática do crime em questão [...], praticamente teria efeito semelhante ao de um abolitio criminis judicial, visto que a grande maioria dos casos enquadrados nesse tipo penal envolve como autores, portadores de pequena quantidade da droga, quantidade esta que, dependendo do usuário, já pode trazer efeitos os quais a norma penal visa combater, atingindo, dentre outros bens jurídicos tutelados pela norma, a saúde pública e a paz social (SOUZA, 2010, p.56)

Com o surgimento da nova Lei 11.343/06, fica evidente que o legislador acabou trazendo uma descarcerização em relação ao usuário de drogas e não uma descriminalização que muito é defendida por vários estudiosos do tema.

No qual pese ser um princípio surpreendentemente válido e preciso para o Direito Penal, entendemos que o princípio da insignificância deverá ser sempre colocado em pauta, porém, só deverá ser aplicado se realmente estiver muito claro de que aquilo é o certo a se fazer. Não o sendo, o princípio deverá ser rejeitado.

É sabido que os prejuízos do comportamento do usuário de drogas não se limitam somente a sua pessoa. Esse mercado ilegal gera grandes riscos para toda a população, principalmente por se entender que é o próprio usuário que movimenta esse comércio ilegal. Outrossim, ao passo que a mercância da droga cresce em contradição com a lei, pode surgir também uma comercialização ilegal de armas para confirmar este sistema, em que policiais são corrompidos, roubos e homicídios são realizados e crianças são levadas para incluir este cenário.

Resumindo, o uso de drogas é uma ameaça a toda sociedade e não apenas àquele que consome. A aplicação do princípio da insignificância e a racional atipicidade material do comportamento estimularia esse comércio ilegal como vários outros, fomentando a criminalidade e fazendo-a crescer em números exorbitantes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Perceber o caos e os problemas que as drogas trazem para o país é muito fácil, visto que se tornou uma realidade enfrentada no mundo todo. Diversas leis já foram criadas com o objetivo único de tentar contê-las, porém nunca conseguiram fazer com o que o consumo e a venda chegassem ao fim.

Para alguns doutrinadores, a lei 11.343/2006 não trouxe nenhuma medida contundente ao usuário de drogas, uma vez que favoreceu o consumo do entorpecente e colaborou com a impunidade e o vício.

Em suma, entende-se que a aplicação do princípio no artigo 28 da lei 11.343/06 é bastante relativa. Sabemos que os prejuízos do uso de drogas não terminam na esfera individual da pessoa, pois alcança a sociedade como um todo. Assim, por perceber que o uso de substâncias ilícitas acarreta uma situação de risco e dano à população, além de expor a sociedade e a saúde pública ao crescimento do vício, posiciona-se contra a aplicação da insignificância perante o artigo 28 da lei 11.343/06.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de outubro de 2006. **Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas**. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2019.

**SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS**. 110475 SC, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de julgamento: 14/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 14/03/2012

STJ; **DECISÕES DO STJ**. Publicado em 2016. [www.stj.jus.br/decisoesdostjreforcampoliticadecombateao trafico dedrogas](http://www.stj.jus.br/decisoesdostjreforcampoliticadecombateao trafico dedrogas). Acesso em outubro de 2018.

# A MIGRAÇÃO E O MULTICULTURALISMO.

Alessandra dos Santos Oliveira<sup>2</sup>

Lídia de Lima Ribeiro<sup>3</sup>

Priscila Karoline Oliveira Fortunato<sup>4</sup>

## RESUMO

A migração é um dos principais responsáveis por alterações culturais dentro de um país, é através dos fluxos migratórios que pessoas se deslocam dentro de um país e de um país para outro. As migrações dentro de um país são denominadas migrações internas, pode-se citar como exemplo desse tipo de migrações o êxodo rural, migração sazonal e pendular. As migrações externas são aquelas que fazem de um país para outro. O Brasil tem na sua história vários exemplos desses tipos de migrações, que contribuíram para a formação cultural do país. A Antropologia tem a função de dar as pessoas à noção da existência de várias culturas dentro de uma região, buscando assim desenvolver projetos que visem amenizar a questão das diferenças culturais. Esses projetos não partiriam para uma uniformização das culturas, e sim possibilitar o conhecimento das outras culturas, para assim desenvolver o respeito às diferentes, precisa-se aprender sobre o outro para após isso aceitá-lo e respeitá-lo. Por vezes, essa diferença cultural causa grandes problemas como a xenofobia, que é a aversão a estrangeiros, sendo uma das manifestações mais graves contra aqueles que chegam a certas regiões. Deve-se buscar a tolerância as diferenças para garantir a paz na convivência social.

**PALAVRAS CHAVE:** Migração. Brasil. Antropologia. Xenofobia. Tolerância.

## INTRODUÇÃO

O primeiro passo para o desenvolvimento do trabalho foi a delimitação do tema de estudo. A migração é um dos principais motivos responsáveis por alteração de uma cultura local. A chegada de pessoas de outras regiões de um país (migração interna) ou pessoas vindas de outros países (migração externa) provoca um choque de culturas nessa região, que por vezes causa estranhamento e desenvolve conflitos, como a xenofobia.

O segundo passo do trabalho foi definir a pergunta que o trabalho tenta responder, a partir disso, tem-se o questionamento do trabalho que é: Qual a importância do multiculturalismo na análise das diferenças dentro de um país?

Assim, o trabalho tem como objetivo geral: Analisar como o multiculturalismo como elemento da Antropologia para identificar as diferenças culturais. Além disso, tem-se outros

---

<sup>2</sup>Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: alessandrasantosoliver96@gmail.com

<sup>3</sup>Bacharel do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: lidiartb@yahoo.com.br

<sup>4</sup>Bacharel do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba.. Email: priscila.karoline@hotmail.com

objetivos como: Mostrar os tipos de migrações existentes e Demonstrar como a Antropologia ajudaria no desenvolvimento de campanhas de busca da tolerância.

Desenvolver um trabalho sobre a Antropologia e o multiculturalismo, levando-se em consideração os fluxos migratórios é essencial para entender a cultura brasileira, tão afetada durante sua história por esses fluxos, exemplo disso foi a chegada de negros, europeus que chocaram suas culturas com a dos índios, que já se expressavam de maneira bastante diversificada.

A priori, foi tratada a questão da migração, analisando os vários tipos de fluxos migratórios existentes. Essa questão se faz necessário para entender como as migrações modificam uma região, os fatores que levam uma pessoa ou um grupo a se deslocarem de uma área para outra.

Posterior, foi discutida a importância da Antropologia dentro da análise cultural, demonstrando como essa ciência se faz presente na identificação de uma cultura local e na sua evolução, trazendo métodos próprios para análise da evolução dessa cultura mediante as movimentações das pessoas.

Para finalizar o trabalho será discutido o multiculturalismo como uma corrente dentro da Antropologia que visa expor a necessidade de se desenvolver políticas de valorização das diferenças. Isso não representando num tentativa de integrar ou uniformizar as mesmas, e sim uma forma garantir que as singularidades de cada cultura serão respeitadas. O desenvolvimento da tolerância seria o meio dessas culturas diferentes possam conviver dentro de um mesmo espaço.

## **1. MIGRAÇÃO: OS VÁRIOS TIPOS DE FLUXOS MIGRATÓRIOS**

A migração é o ato de mudança de local, seja ele representado pela mudança de país, estado ou cidade. Vários fatores ocasionam a migração de pessoas de um local para outro, dentre eles pode-se citar os fatores econômicos e políticos. Durante toda história da humanidade foram observados grandes fluxos migratórios, principalmente em períodos de guerra.

A grande característica da migração é o deslocamento das pessoas, associada a um caráter temporário ou permanente. Muitas pessoas se deslocam de um local para outro somente por um período, exemplo disso são os trabalhadores de plantações de cana-de-açúcar que por vezes ficam em uma região durante a safra somente. Outra migração se faz de forma definitiva, essas se manifestam com a fixação das pessoas na região para onde mudaram, constituindo ali um novo lar. Silva (2013, p. 04) define migração:

Migração é o movimento de pessoas de um lugar para outro. A migração pode acontecer em escala internacional, de um país a outro, ou em um único país, de uma área rural para a cidade, por exemplo. Frequentemente, esse movimento, sendo permanente ou temporário, é uma escolha de um indivíduo ou de uma família, mas muitos exemplos de migração forçada podem ser vistos. Apesar das razões econômicas e políticas serem as mais citadas como causas da migração, os fatores culturais também são importantes.

O Brasil teve grandes exemplos durante os últimos séculos da saída de pessoas para outros países, assim como a chegada de pessoas de outros países para o país. A chegada de italianos para trabalhar nas lavouras de café é um exemplo da chegada de imigrantes no Brasil. Durante o período militar, muitas pessoas deixaram o país fugindo por questões políticas, outras eram expulsas, devido essa mesma questão.

No mundo, em alguns locais, questões religiosas também são grandes motivos de migração de uma área para outra, exemplo disso é o que acontece na Irlanda, com o grupo IRA, autor de grandes conflitos contra aqueles que tivessem culturas diferentes, nesse caso motivados por questões religiosas, católicos contra protestantes.

Outro fator que provocaram grandes índices de imigração são as guerras, que por várias vezes fez com que pessoas buscassem outros locais para sobreviver. Além disso, o Brasil serve de exemplo quando analisa-se a questão social como fator de migração. A chegada dos haitianos ao norte do país devido melhores condições de vida no país. Gambota (2014, p.04) destaca a questão dos haitianos:

Sem perspectiva frente à escassez de postos formais de trabalho e à miséria que assola de forma crônica o Haiti, centenas de haitianos buscam sair do país que, desde 2010, tenta se reerguer do terremoto e, há dez anos, vive sob tutela das tropas da Minustah (Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti). O Brasil é um dos países preferidos.

A migração também se define de acordo com o movimento dessa população, a migração feita dentro de um país é denominada migração interna. A migração feita para fora dos limites dos países é conhecida como migração externa. O Brasil tem na sua história vários exemplos da manifestação dessas migrações. As migrações internas se verificam de diversas formas: êxodo rural, urbano rural, urbano-urbano, migração sazonal, pendular, nomadismo.

O êxodo rural se verifica principalmente por questões trabalhistas e educacionais, onde a população sai do campo e muda para as cidades. A migração urbano rural representa um movimento contrário a esse, se faz com a pessoa deixa. A migração feita de cidade para cidade é chamada de urbano-urbano. Pena (2013, p. 04) descreve sobre o êxodo rural:

Êxodo Rural é um processo de migração em que as pessoas mudam do campo para a cidade. Esse nome foi escolhido para retratar uma mudança em larga escala, ou seja, quando o número de pessoas que se mudam é alto durante um determinado período. As consequências do êxodo rural são sentidas nas cidades. Boa parte das pessoas que deixam o campo não possui um bom grau de escolaridade e muito menos algum tipo de especialização. Essas pessoas se tornam moradoras de ruas, vão morar em favelas ou bairros muito pobres. O êxodo rural também provoca o inchamento das cidades, ou seja, ficam muitas pessoas morando em um mesmo lugar.

Durante a história do Brasil, o êxodo rural teve no período pós fim do ciclo do café um grande exemplo, onde as pessoas deixaram essas fazendas e passaram a ir para as cidades. A falta de qualificação profissional para trabalhar nas indústrias ou comércio, fez com que as mesmas se instalassem em regiões onde as condições de vida eram precárias. Isso fez com as cidades tivessem uma grande expansão, surgindo favelas e setores sem desenvolvimento e que possibilitassem uma qualidade de vida para os moradores.

Além dessas formas ainda existe a migração sazonal, também conhecida como transumância, ela se caracteriza baseada nas estações do ano, isso leva-se em conta os aspectos geográficos da região em que essas pessoas estão inseridas. Algumas regiões do Brasil têm áreas que sofrem com esse tipo de migrações, como regiões do pantanal que vivem um período do ano alagada, nessa época a população sai dessas áreas e volta somente quando as águas baixam.

A migração pendular se caracteriza com a saída durante o dia para realização de uma atividade em outro local e volta no final desse período do dia para casa. Isso é evidente em cidades vizinhas a grandes centros, onde a população sai para trabalhar nesses grandes centros e após o fim do expediente retornam para casa. As cidades do Entorno do Distrito Federal também tem grande parcela da população que praticam essa forma de migração todos os dias.

## **2. A ANTROPOLOGIA E O DEBATE CULTURAL**

A antropologia basicamente tem seu foco de análise na evolução cultural dos povos, nesse caso, ela sistematiza desde o surgimento, destacando a evolução dessas culturas até os dias atuais. Isso permite que as pessoas tenham ciência dos efeitos das ações dos antepassados, também ressalta-se com isso o papel das pessoas na produção das culturas. Gusmão (2008, p. 04) destaca a função da Antropologia:

A antropologia, como ciência da modernidade, coloca seu aparato teórico construído no passado, com possibilidade de, no presente, explicar e compreender os intensos movimentos provocados pela globalização: de um lado, os processos homogeneizantes da ordem social mundial e, de outro, contrariando tal tendência, a reivindicação das singularidades, apontando para a constituição da humanidade como una e diversa.

Atualmente a evolução cultural de um povo encontra-se mais evidente com a globalização, onde as trocas de informações entre os povos se tornou bem mais rápido, isso possibilitou uma expansão de certos padrões para outras regiões. Gusmão (2008, p.12) fala da preocupação da Antropologia como ferramenta de controle das diferenças culturais:

A antropologia como ciência preocupa-se com a questão das diferenças e busca propor formas de intervenção sobre a realidade, papel a que se dirige qualquer conhecimento produzido a partir das relações entre os homens e o mundo social criado por eles.

O Estado usaria dos estudos da Antropologia para criaria normas que visem a igualdade entre essas culturas. Deve-se reconhecer o Direito dos outros, mesmo aqueles estrangeiros tem direitos quando se instalam no território de um país.

A cultura é fruto do homem, ele quem gera a cultura pela sua interação dentro do território. As mudanças de uma região para outra originam o surgimento de uma nova manifestação cultural. Visto que existe um choque de culturas, a local e a trazida pelo estrangeiro. Gusmão (2008, p. 23) fala sobre a ciência Antropologia:

Nesse movimento, a antropologia construiu seu caminhar, definindo um método próprio de fazer ciência, construindo seu objeto a partir de uma forma particular de fazer perguntas, construir estratégias, para penetrar no universo do outro, seu sujeito, podendo com ele investigar e buscar explicações para os fatos da vida humana.

O debate em torno dessa questão cultural e o direito em meio às culturas diferentes elucidada o papel da Antropologia. Deve-se então conhecer as culturas diferentes para então aceitá-las. Um preconceito de uma cultura pode levar a graves consequências.

O respeito às diferenças deve ser difundido no seio da sociedade, isso possibilitaria a preservação das singularidades das culturas. Essa questão deve ser levantada, pois muitas vezes algumas culturas são reprimidas justamente por não aceitarem suas manifestações.

### **3. O MULTICULTURALISMO: A XENOFOBIA E A BUSCA PELA TOLERÂNCIA**

O debate em torno do multiculturalismo ganha campo nos dias atuais devido as grandes diferenças sociais encontradas nas regiões. O multiculturalismo reflete a existência de várias culturas dentro de uma mesma região, típico de países com grande contingente populacional e extensão territorial.

O multiculturalismo surge para defender que essas variações culturais sejam respeitadas, buscando valorizar cada expressão que se manifeste dentro de uma região. Observa-se que esse debate tenta por fim a desvalorização cultural de certos grupos, de menor expressão dentro da sociedade. Candau (2013, p.05) discorre quanto a questão multicultural:

No momento atual, a questão multicultural preocupa muitas sociedades. O debate multicultural é intenso nos Estados Unidos e também na Europa. No entanto, na América Latina a questão multicultural tem uma especificidade. Nosso continente é um continente construído com uma base multicultural muito forte, onde as relações inter-étnicas têm sido uma constante através de toda sua história, uma história dolorosa e trágica principalmente no que diz respeito aos indígenas e aos afro-descendentes.

A defesa da diversidade cultural e da liberdade de expressar suas tradições é a marca do multiculturalismo. Desfaz-se com isso a existência de idealizações de culturas certas e culturas com práticas erradas, deve-se tolerar essas manifestações culturais, independente da prática realizada pelas mesmas.

O mundo passa por um momento histórico, onde as mudanças causadas pela globalização e alternância nos modelos econômicos tem provocado um constante fluxo migratório nos países em busca de melhores condições de subsistência. Isso tem levado a pessoas a locais antes desconhecidos com a difusão de padrões de consumo pelo mundo todo.

O multiculturalismo é um dado da realidade. A sociedade é multicultural. Pode haver várias maneiras de se lidar com esse dado, uma das quais é a interculturalidade. Esta acentua a relação entre os diferentes grupos sociais e culturais. A perspectiva intercultural não é ingênua. É consciente de que nessas relações existem não só diferenças, como também desigualdades, conflitos, assimetrias de poder.

O multiculturalismo ultrapassa a questão de só retratar e reconhecer a existência de diversas culturas dentro de uma sociedade. Deve-se buscar a educação das pessoas envolvidas nessa relação. Privilegiando a valorização da tolerância, no respeito a essas diferenças, buscando dar a essas culturas a liberdade para se manifestarem dentro da sua região de atuação. Costantino (2015, p. 09) fala sobre

Segundo, o multiculturalismo disseminado pelas esquerdas tampouco ajuda. Ao ignorar a direção do fluxo migratório, que por si só já diz quais culturas prosperaram e quais fracassaram, e ao inculcar na cabeça dos imigrantes que eles possuem tantos direitos como aqueles que os recebem, os multiculturalistas acabam fomentando a criação desses “guetos culturais”, que produzem mais xenofobia também, e o nacionalismo como reação natural.

A tolerância com as diferenças talvez seja o principal objetivo de uma política multicultural. Outra questão que chama atenção nesse aspecto é tentar diminuir os índices de

discriminação em torno dessas diferenças. Uma das manifestações de discriminação em relação à migração é a xenofobia.

A xenofobia embora muitas vezes fique implícita nos atos das pessoas, é bastante comum contra as pessoas que vem de fora, contra os estrangeiros. De um lado encontram-se os povos de uma região, que tem seus costumes, suas características próprias, de outro tem-se os estrangeiros que encontram essa cultura formada quando adentram uma região, esses estrangeiros que também possuem características trazidas dos locais de onde vieram. Esse choque cultural provoca uma disputa, que por vezes geram grandes conflitos. Pena (2013, p.04) discorre quanto a xenofobia:

A Xenofobia é a aversão, preconceito ou repulsa de uma população para com povos estrangeiros. Trata-se de um fenômeno que esteve presente ao longo de toda a história da humanidade e que também se faz presente nos dias atuais. As migrações internacionais a partir da segunda metade do século XX e, principalmente, no início do século XXI caracterizaram-se pelo fluxo de pessoas dos países subdesenvolvidos para os países desenvolvidos, em busca de melhores condições de vida e oportunidades de emprego.

Um dos grandes exemplos de recebimento de imigrantes na sua história é o Brasil, que tem na sua formação cultural grandes percentuais de imigrantes, pode-se encontrar em território brasileiro: japoneses, portugueses, italianos, holandeses, africanos, entre outros que chegaram durante a fase de colonização brasileira.

Algumas questões são elencadas pela população local quanto à chegada de estrangeiros. Uma delas refere-se à questão empregatícia, ou seja, a disputa de empregos com essas pessoas. Ao longo da história, o Brasil teve dois períodos de migrações bem definidos quanto a essa vertente.

O primeiro foi com a chegada de escravos para trabalharem nas minas e também na produção de cana de açúcar no Nordeste brasileiro. Outra época que merece destaque é a chegada de italianos para trabalharem nas lavouras de café, que trouxe um grande contingente de imigrantes italianos para território nacional.

Os negros e italianos ao mudarem para cidade esbarraram na falta de preparo para desenvolver outras atividades, com isso, foram taxados como culturas inferiores, assim ao conseguirem empregos recebiam menos que os outros trabalhadores, isso fez com que os mesmos não tivessem oportunidades de se instalarem em melhores moradias, se restringindo a maioria a cortiços e favelas.

A xenofobia não é um fenômeno que atinge somente o Brasil, os EUA tem um dos seus principais problemas à chegada de imigrantes de outros países vizinhos, como mexicanos,

que na maioria das vezes adentram o território norte-americano de forma ilegal. Isso provoca um descontrole quanto no tratamento do Estado com sua população. Vê-se nesse caso que a ilegalidade pode ser outro fator gerador da xenofobia, pois a população local vê nessas pessoas uma ameaça. Sobre isso, Siqueira (2003, p.12) reconhece a necessidade de se reconhecer as diferenças:

A condição pós-moderna realçou os questionamentos sobre as diferenças, colocou o Outro como alguém que, mesmo vivendo de forma diferente, pode/deve ser reconhecido como "nós", e acentuou a flexibilidade como uma categoria política central para pensarmos sobre as mudanças que devemos proceder. Se a conversa franca/autêntica com o "Outro" ainda não se tornou realidade, então se torna mais urgente ainda a necessidade dos espaços educativos pós-modernos refletirem-na como possibilidade, afinal, a efetivação desta conversa envolve uma negociação muito complexa.

Uma das alternativas para se reconhecer essas diferenças é se colocar no lugar do outro, é aceitar as diferentes culturas, sobretudo conhecer essas manifestações para que uma pré análise delas não seja motivo de desvalorização da mesma e elevação de ódio contra essa manifestação. Deve-se tomar conhecimento sobre as culturas que se relacionam para então formar uma ideia sobre a mesma.

## CONCLUSÃO

A sociedade vive tempos de reflexão, com relação a sua identidade. Tem-se o reconhecimento atualmente que em diversas regiões existem mais de uma cultura como formadoras da sociedade. Sobre isso, deve-se desenvolver uma educação das pessoas para a aceitação dessas diferenças.

O multiculturalismo vem defender a tese da valorização das culturas existentes dentro de um território, buscar entender, aceitar essas variedades que se movem e relacionam nesse ambiente.

A migração tem papel fundamental nessa questão do aceite a novas culturas dentro de um território. Por vezes através dos fluxos migratórios, a população local vê sua cultura em choque com outras trazidas por estrangeiros. Em algumas circunstâncias esse encontro de tradições diferentes acaba por gerar conflitos.

A Antropologia é a ciência que tem por função descobrir essa variedade cultural, assim como observar e detalhar a evolução dessas culturas. Também cabe a antropologia discutir maneiras de demonstrar à sociedade a necessidade de se desenvolver a tolerância com essas diferenças.

Deve-se evitar que as diferenças ceguem as pessoas que tem culturas diferentes, a ponto de desenvolver práticas como a xenofobia, que atinge as pessoas estrangeiras e causam grandes danos a elas. Também faz parte da função do Estado o desenvolvimento de campanhas para inserção desse migrante a sociedade, dando aos mesmos a condição de se inserirem na sociedade a qual se instalaram.

## REFERÊNCIAS

CANDAU, Vera Maria. **Multiculturalismo e Direito Humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/multicutaralismo.html>. Acesso em 12/06/2015.

COSTANTINO, Rodrigo. **Multiculturalismo**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/rodrigo-constantino/tags/multiculturalismo/>. Acesso em 12/06/2015.

GOMBATA, Marsiléia. **Cansados da miséria crônica, haitianos buscam nova vida no Brasil**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/cansados-da-miseria-cronica-haitianos-tentam-migrar-para-o-brasil-em-busca-de-uma-nova-vida-9882.html>. Acesso em 12/06/2015.

GUSMÃO, Neusa Maria Mendes de. **Antropologia, Estudos Culturais e Educação: desafios da modernidade**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pp/v19n3/v19n3a04>. Acesso em 12/06/2015.

PENA, Rodolfo Alves. **Êxodo Rural**. Disponível em: <http://www.escolakids.com/exodo-rural.htm>. Acesso em 12/06/2015.

RODRIGUES, Regis. **Migrações internas**. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/geografia/migracoes-internas.htm>. Acesso em 12/06/2015.

SILVA, Thais. **Causas Culturais da migração**. Disponível em: [http://www.ehow.com.br/causas-culturais-migracao-info\\_48378/](http://www.ehow.com.br/causas-culturais-migracao-info_48378/). Acesso em 12/06/2015.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. **Multiculturalismo: tolerância ou respeito pelo outro?**. Disponível em: <http://www.angelfire.com/sk/holgonsi/multicultura.html>. Acesso em 12/06/2015.

# **A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL.**

Ana Luísa da Silva Rosa<sup>5</sup>  
Andressa Oliveira Lourenço  
Jaqueline Souza da Silva

## **RESUMO**

Este artigo abordará como tema as provas de uma maneira geral, no processo penal, em especial sobre as provas ilícitas, a teoria dos frutos da árvore envenenada, o princípio da proporcionalidade e a sua aplicação, bem como conceitos, finalidades, objeto, e os seus meios. Para isso, realizamos uma pesquisa baseada em material bibliográfico e documento legal.

**Palavras-chaves:** Árvore envenenada; Provas ilícitas; Teoria.

## **INTRODUÇÃO**

Em sentido amplo, provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. A prova está intimamente ligada à demonstração da verdade dos fatos, sendo inerente ao desempenho do direito de ação e de defesa.

A produção de prova ilícita pode ser extremamente prejudicial ao processo. Os efeitos da ilicitude podem transcrever a prova viciada, contaminando todo o material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos. Se dá por esse sentido a teoria dos frutos da árvore envenenada, pois a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos).

Por outro lado, há uma relatividade quanto a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, podendo ser excepcionalmente violada sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental em contraste.

É importante lembrar que os Direitos Individuais não são absolutos e existindo um maior interesse contrapondo-se ao individual, o primeiro prevalecerá sobre o segundo. É claro que,

---

<sup>5</sup> Graduandas do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, cursando o 8º período.

sempre colocando em contrapeso os benefícios e a aceitabilidade das provas ilícitas para que haja o maior grau de justiça possível.

## **1. DA PROVA**

Quando deduzimos em juízo uma pretensão punitiva, pressupomos ao autor a prática de determinada conduta típica. Por isso é correto dizer que a acusação sempre estará fundada em um ou mais fatos. A conclusão do Juiz sobre a veracidade da acusação está subordinada a constatação de fatos pretéritos, cuja ocorrência não há, em princípio, certeza. A convicção do julgador não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir necessariamente, de construção lógica, que necessita de uma análise de elementos que transmitam informações relativas ao fato. São esses elementos que se denominam provas. Pois prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância. (REIS, GONÇALVES, 2016, p. 308).

O objetivo da atividade probatória é convencer seu destinatário: o juiz. Na medida em que não presenciou o fato que é submetido à sua apreciação, é por meio das provas que o juiz poderá reconstruir o momento histórico em questão, para decidir se a infração, de fato, ocorreu e se o réu foi seu autor. (REIS, GONÇALVES, 2016, p. 308).

Busca-se o melhor resultado possível, a verdade viável dentro daquilo que foi produzido nos autos. Por isso a importância de processos com qualidade, pois só poderá haver condenação em face da certeza de culpabilidade, e esta não é obtida através de conjecturas ou suposições, e sim por intermédio de um esforço probatório sólido. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 618).

Para obtenção desse objetivo, o sistema prevê regras consistentes para vedar a produção de prova ilícita, isto é, o ordenamento estabelece regras de exclusão de provas ilícitas, também chamadas de regras de proteção. O juiz deve ser ignorante aos fatos que lhe são apresentados, eis que se conhecê-los previamente restará impedido de exercer jurisdição. Em sentido estrito, prova é somente aquela que resulta de procedimento contraditório e que é produzida perante juiz. Daí ser importante, tecnicamente, distinguir prova de elementos de informação. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 618).

### **1.1 A distinção de prova e elementos de informação**

a) Prova: pressupõe procedimento contraditório, em regra produzida no curso de processo instaurado perante magistrado, com a participação dos litigantes. Quando produzida antes do

processo, ou antes de ser produzida a participação dialética do interessado, a prova exigirá o contraditório posterior (diferido ou postergado), para que receba a qualificação de prova (*stricto sensu*). A partir do critério do contraditório oportunizado durante a produção da prova ou após sua produção, a doutrina o subdivide em: (1) contraditório real (ou para a prova ou para a constituição da prova), relativo à participação das partes na produção da prova que é feita na presença do juiz (a exemplo da prova testemunhal em juízo); (2) contraditório diferido (ou sobre a prova ou sobre a prova já produzida), referente ao debate dos interessados a respeito da prova já formada (os assistentes técnicos se manifestam sobre o laudo pericial já elaborado unilateralmente pelo perito). (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 619).

b) elementos de informação: são os documentos e outros registros colhidos em procedimento diverso do processo judicial, sem observância atinente ao contraditório. São chamados elementos de informação aqueles colhidos no curso do inquérito policial, procedimento de natureza inquisitiva, sem contraditório, isto é, na fase de investigação preliminar. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 619).

## **2. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL**

O princípio da verdade real também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido, mas independente da denominação, é de se observar que a verdade real, em termos absolutos, pode se revelar inatingível. Afinal, a revitalização no seio do processo, dentro do fórum, numa sala de audiência, daquilo que ocorreu muitas vezes anos atrás, é, em verdade, a materialização formal daquilo que se imagina ter acontecido. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 79).

Ao disporem sobre as provas ilícitas, a constituição Federal de 1998 (art. 5º, LVI) e o Código de Processo Penal (art. 157) estabeleceram limites ao alcance da verdade real. Ao prescrever que são “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, o legislador vedou as provas obtidas com violação à norma constitucional ou legal, ainda que elas retratem a “verdade real”. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 79).

A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade “certa”, objetiva” ou “absoluta” representa sempre a expressão de um ideal inalcançável. A própria definição de verdade é algo que atormenta o homem ao longo dos séculos, não havendo um conceito que possa traduzir com segurança o vocábulo. Originária do latim *veritate*, aproxima-se de exatidão, conformidade com o real, ou com conformidade do objeto com a inteligência. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 79).

O que nós devemos é buscar a verdade processual, identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzimento por magistrado imparcial. O resultado almejado é a prolação de decisão que reflita o convencimento do julgador, construído com equilíbrio e que reveste a justa medida, por sentença condenatória absolutória. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 79).

Reputamos um erro grave ao se falar em verdade real, não só porque a própria noção de verdade é excessiva e difícil de ser apreendida, mas também pelo fato de não se poder atribuir o adjetivo de real a um fato passado, que só existe no imaginário. O real está vinculado à ideia de presente, e o crime, como fato necessariamente da história será reconstruído no processo. É fundamental compreender o ritual do processo, para se perceber que a verdade na decisão é um mito, negando-se que a obtenção da verdade seja o objetivo do processo ou adjetivo da sentença. A sentença seria então um ato de crença, de convencimento, um sentimento declarado pelo juiz, e a verdade é tomada como algo contingencial, e não como fator estruturante do processo. (LIMA, 2017, p. 67).

### **3. VEDAÇÃO PROBATÓRIA**

Sabemos que o princípio da liberdade probatória não é absoluto e o intuito da busca da verdade real e a amplitude da produção da probatória, aproveitando-se de outros meios de provas que não estão disciplinados no CPP, encontram limites. Pois a Carta Magna, no seu art. 5º, inciso LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo das provas obtidas por meios ilícitos. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 628).

Seriam incalculáveis as consequências de uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificassem os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O estado precisa ser sancionado quando viola a lei. Assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbitro, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 628).

A prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que a sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida ao processo. Temos assim, por classificação amplamente aceita, as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis, que é o gênero, do qual são espécies:

(a) as Provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex: confissão obtida mediante tortura (Lei nº 9.455/1997); interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 10, Lei nº 9.296/1996).

(b) as provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial (art. 159, 1º, CPP).

Quanto aos efeitos referentes à ilicitude ou à ilegitimidade, em regra, teremos as seguintes consequências: (1) tratando-se de prova ilícita em sentido estrito, que feriu regra de direito material, a prova deve ser desentranhada dos autos (exclusão da prova), não podendo ser parâmetro para fundamentar decisões; (2) cuidando-se de prova ilegítima, que maculou a regra processual, a consequência estará afetada ao plano de reconhecimento de nulidade absoluta, nulidade relativa ou mera irregularidade, conforme o caso. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 628).

#### **4. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA**

Os efeitos da ilicitude podem transcender a prova viciada, contaminando todo material dela decorrente. Em um juízo de causa e efeito, tudo que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos.

Por esta teoria, de origem na suprema Corte norte-americana, a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos). Assim, diante de uma confissão obtida mediante tortura, prova inevitavelmente ilícita, cujas informações deram margem a uma busca e apreensão formalmente íntegra, é imperioso reconhecer que esta busca e apreensão está contaminada, pois decorre de uma prova ilícita. Existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro. A doutrina e a jurisprudência, em regra tendem a repelir essas chamadas provas ilícitas por derivação. (TÁVORA, ALENCAR, 2017, p. 631).

Atualmente, a lei é expressa no sentido da inadmissibilidade. O CPP, em seu art. 157, § 1º, considera inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas e determina o seu desentranhamento do processo. A questão que se coloca é a de saber até que ponto as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal e à preservação da intimidade do acusado podem ser flexibilizadas, diante da ponderação dos valores contrastantes entre indivíduo e sociedade. Em outras palavras: a procedencia diante de um eventual conflito entre as garantias constitucionais protetivas do cidadão, derivadas do devido processo legal, e o interesse da sociedade no combate à criminalidade. Direitos como o da liberdade (no caso da defesa) e o direito à segurança, à

proteção da vida, do patrimônio etc. (no caso da acusação) não podem ser restringidos pela prevalência do direito à intimidade (no caso das interceptações telefônicas e das gravações clandestinas) e pelo princípio da proibição das demais provas ilícitas. (CAPEZ, 2019, p. 377).

Entra aqui o princípio da proporcionalidade, segundo o qual não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social.

Segundo Capez (2019, p. 378) foi no período pós-guerra, na Alemanha que a teoria da proporcionalidade se desenvolveu. Conforme essa teoria, em casos extremamente graves e em caráter excepcional, admite-se a prova ilícita, com base no princípio do equilíbrio entre valores contrastantes. Isso significa a quebra de um princípio geral com a finalidade de atender um intuito excepcional escusável.

Conforme a teoria da proporcionalidade, é um princípio relativo a proibição das provas obtidas por meios ilícitos. Sendo relativo, pode, excepcionalmente ser rompido sempre que houver um interesse de maior relevância ou uma divergência com outro direito fundamental. Lembrando que princípios e garantias constitucionais coexistem harmoniosamente, não existindo confronto entre eles. No entanto, em caso de aparente colisão, deve prevalecer o mais importante. (CAPEZ, 2019, p. 378).

Os exemplos dados por Capez, onde seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, e o seu único meio de demonstrar sua inocência é a interceptação telefônica ilegal. No impasse entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição. O outro caso seria o de uma organização criminosa que teve ilegalmente seu sigilo telefônico violado e descoberta toda a sua trama ilícita. O que seria mais benéfico para a sociedade: o desbaratamento do grupo ou a preservação do seu “direito à intimidade”?

Se uma prova ilícita ou ilegítima for necessária para evitar uma condenação injusta, certamente deverá ser aceita, flexibilizando-se a proibição dos incisos X e XII do art. 5º da CF. No direito alemão, o princípio da proporcionalidade requer três qualidades para o ato administrativo: 1) adequação, ou seja, o meio empregado na atuação deve ser compatível com a sua finalidade; 2) exigibilidade, isto é, a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para atingir o fim público; 3) proporcionalidade em sentido estrito, em que as vantagens almejadas superem as desvantagens. (CAPEZ, 2019, p. 379).

A aplicação do princípio da proporcionalidade sob a ótica do direito de defesa, também garantido constitucionalmente, e de forme prioritária no processo penal, onde impera o princípio a favor do réu, é de aceitação praticamente unânime pela doutrina e jurisprudência.

De fato, a tendência da doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita pro reo), em face do princípio do favor rei, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, desde que em benefício da defesa. A aceitação do princípio da proporcionalidade pro réo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como um escudo destinado a perpetuar condenações injustas. (CAPEZ, 2019, p. 379).

Quando falamos em Estado Democrático de Direito e Dignidade Humana, num confronto entre aceitar uma prova ilícita, apresentada como único meio de comprovar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais conveniente. (CAPEZ, 2019, p. 379).

No que tange ao princípio da proporcionalidade pro societate, consistente na admissibilidade das provas ilícitas, quando demonstrada a prevalência do interesse público na persecução penal, a tendência atual da jurisprudência dos Tribunais Superiores é a da sua não adoção. De acordo com esse entendimento, a não admissão de mecanismos de flexibilização das garantias constitucionais tem o objetivo de preservar o núcleo irreduzível de direitos individuais inerentes ao devido processo legal, mantendo a atuação do poder público dentro dos limites legais. (CAPEZ, 2019, p. 380).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em vista dos fatos narrados, entendemos que não é razoável uma postura inflexível sobre a admissão de provas obtidas por meios ilícitos. Sabemos que a Constituição veda essa admissão, mas em contrapartida o interesse a ser defendido é muito mais relevante que a intimidade que se deseja preservar. Desse modo, surgindo um conflito entre princípios fundamentais da constituição, é necessária a comparação entre eles para verificar qual deve prevalecer.

A teoria da proporcionalidade aparentemente é menos injusta, pois atribui valor às provas, garantindo um direito mesmo que muitas vezes outro seja restrito. Há então uma ponderação entre direitos, bens violados e assegurados e através dessa ponderação se obtém uma garantia do que pode ser o mais próximo do termo justiça.

É claro que sempre irá depender da razoabilidade do caso concreto, prevalecendo o bem comum e a dignidade da pessoa humana.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1856 p.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 1840 p.

# A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA NOS CRIMES SEXUAIS.

Sérgio Weverton Camargo Paula<sup>6</sup>  
Alessandra dos Santos Oliveira<sup>7</sup>  
Mikhaelly Mendes de Oliveira<sup>8</sup>

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa é compreender a valoração da palavra da vítima como única prova nos crimes sexuais e o reconhecimento do *in dubio pro reo*. Para atingimento deste objetivo os autores desenvolveram o estudo indutivo de pesquisa, partindo-se das premissas colhidas durante a fase de tabulação dos dados, com direcionamento para uma pesquisa majoritária doutrinária em autores como Fernando Capez, Guilherme de Sousa Nucci e Norberto Avena, que terão como reforço jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça visando ratificar o entendimento de como a palavra da vítima deve ser valorada pelos juízos brasileiros nos casos de crimes sexuais, elucidando sua relação com os princípios do *in dubio pro reo*, favor rei e presunção de inocência. No sentido de apresentação dos principais resultados obtidos ao final do estudo, visualiza-se a valoração da palavra da vítima enquanto única fonte de prova nos processos penais brasileiros, especialmente porque muitos dos crimes sexuais não deixam vestígios e são cometidos sem a presença de demais testemunhas, impedindo a utilização de outras provas que seriam úteis ao processo.

**Palavras-chave:** Crimes sexuais; Palavra da vítima; Valoração.

## INTRODUÇÃO

Ao longo da história, o direito penal brasileiro foi evoluindo e buscando abranger de forma mais específica as mais variadas condutas socialmente repelidas, que passaram a ser vistas como crimes, por infringir o que a legislação brasileira preceituava, ou seja, aqueles que praticassem os atos descritos como crimes deveriam responder pela conduta praticada, através da imposição de uma penalização, previamente definida em lei.

Os crimes sexuais representam uma forma de violência à sociedade, afetando a dignidade sexual da pessoa que é vítima desse crime, positivado pelo Código Penal Brasileiro, garantindo que independente de gênero a pessoa tenha sua dignidade respeitada.

---

<sup>6</sup> Graduando em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. *sergiocamargo1919@gmail.com*

<sup>7</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. *alessandrasantosoliver96@gmail.com*

<sup>8</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. *mikhaelly01@hotmail.com*

O tema da pesquisa foi à valoração da palavra da vítima nos casos de crimes sexuais, para que se possa responder a problemática da pesquisa que é: como o Poder Judiciário brasileiro recepciona a palavra da vítima como única prova para julgamento de crimes sexuais?

A metodologia da pesquisa teve no método indutivo de pesquisa a orientação para desenvolvimento. Cita-se no desencadeamento dessa, ensinamentos doutrinários, descrevendo uma pesquisa bibliográfica, focada em autores destacáveis do direito processual penal brasileiro, como Fernando Capez, Guilherme de Sousa Nucci e Norberto Avena, que em suas obras reconheceram essa tematização, pelo qual foram importantes para fundamentar a pesquisa. Apresentou-se jurisprudências para ratificar como a palavra da vítima é valorada pelos juízos brasileiros nos casos de crimes sexuais, dispendo como os tribunais do Poder Judiciário tem valorado essa pena no Brasil.

A pesquisa teve como objetivo geral compreender a valoração da palavra da vítima como única prova nos crimes sexuais e o reconhecimento do *in dubio pro reo*. Os objetivos específicos da pesquisa foram descrever os princípios do *in dubio pro reo*, favor rei e presunção de inocência, falar sobre os crimes sexuais no direito penal brasileiro, estudar as provas dentro do direito processual penal brasileiro.

A justificativa para desencadeamento da pesquisa foi fazer uma elucidação sobre os meios de prova nos casos que envolvem crimes sexuais, uma vez que a maior parte é realizada sem que haja a presença de testemunhas e nem todas as formas de ameaças à dignidade sexual são passíveis de outras provas, pois não deixam vestígios. Esclarecendo-se nos tópicos como o Poder Judiciário Brasileiro tem recepcionado a palavra da vítima nos julgamentos em que essa se torna a única prova para resolução do caso.

Visou-se no desenvolvimento dessa pesquisa, entender a valoração das provas que são utilizadas no processo penal brasileiro, em particular, observando como a palavra da vítima é recepcionada pelos tribunais pátrios, visto que se discute esse valor atribuído, pois em determinadas circunstâncias, se torna essa a única prova utilizada para julgamento do acusado.

## **1. A CONCEITAÇÃO DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

A primeira subdivisão desta pesquisa define o termo prova e a sua constituição dentro do processo penal brasileiro, para que se possa conceber quais tipos de provas são admitidos no direito brasileiro, fundamentando a partir de conhecimentos doutrinários a conceituação desse assunto.

Define-se a prova no Direito Processual Penal brasileiro como meios, instrumentos que as partes apresentam dentro de um processo para convencer o juiz das suas alegações, reforçando o que já foi apresentado por essas durante os momentos processuais.

“A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção”.<sup>9</sup>

Voltam-se todas as provas levadas ao processo para a finalidade de convencimento do juiz que analisará o caso, sendo a forma que a pessoa que compõe a relação processual pode apresentar introduzir nesse procedimento suas defesas, reforçando o que se propõe a dizer sobre os autos.

Conceito de prova: o termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.<sup>10</sup>

A prova então seria no direito processual penal o meio pelo qual a parte tenta reconhecer que sua versão é a correta para os fatos, investigando-se para tanto os crimes, através desses elementos trazidos ao processo pelas partes, dentro do contraditório e da ampla defesa. Toda utilização desses artifícios para julgamento de um crime se mostra relevante à medida que cria-se um resultado útil ao processo, dando ao juiz meios convincentes para apreciar os casos, formulando suas convicções sobre o debate que se institui por meio do processo.

Em uma primeira aproximação, prova é tudo o que é apto a levar o conhecimento de alguma coisa a alguém. No entanto, esta é apenas uma das acepções do vocábulo prova. Tanto na linguagem comum quanto no campo do direito, a palavra prova possui outros significados. É comum indicar pelo menos três deles: (1) atividade probatória; (2) meio de prova; (3) resultado probatório.<sup>11</sup>

Todos os crimes quando praticados tem uma circunstância, uma verdade envolta dessas condutas criminosas, pela qual devem-se apresentar durante o procedimento, nos momentos requisitados para que se possa chegar a verdade dos fatos, reconhecendo-se a autoria do crime e suas circunstâncias.

“A prova também pode ser considerada o meio de prova. Isto é, o instrumento por meio do qual se introduzem no processo as fontes probatórias. É nesse sentido que se fala em prova

---

<sup>9</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 349.

<sup>11</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 197

testemunhal, prova pericial etc”.<sup>12</sup> “As provas no processo desempenham uma função muito bem definida, a saber: a reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se pronunciará a certeza quanto à verdade dos fatos, para fins de formação da coisa julgada”.<sup>13</sup>

As diversidades de provas que constituem o direito processual penal brasileiro assumem essa vertente de busca da realidade dos fatos, para que se possa alcançar os anseios da justiça, de formular pelo Estado, através do juiz, uma precisa decisão, esclarecendo os crimes, através dos meios de prova admitidos no ordenamento jurídico nacional.

Conceituadas as provas no direito processual penal brasileiro, por meio de conhecimentos doutrinários, debateu-se a funcionalidade da prova durante o processo, como é instituída essas provas, visando à solução de um conflito, como instrumentos utilizados pelas partes.

## 1.2. OS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Ao se analisar o conteúdo das provas no direito processual penal brasileiro, após se conceituar e definir esses instrumentos utilizados pelas partes para efetivar seus posicionamentos durante um processo visa-se destacar os meios de prova que são admitidos no processo brasileiro. Dentro da discussão sobre as provas, surgem os meios de prova, que são as formas como são colhidas essas provas, que serão usadas pelas partes que se opõem durante o processo, citando-se a prova testemunhal, perícias, depoimentos pessoais durante as audiências.

Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc. Com exceção das provas pré-constituídas (p. ex.: os documentos), os demais meios de prova, em especial os decorrentes de fontes orais (testemunhas e vítimas), deverão ser produzidos em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz.<sup>14</sup>

Existem momentos processuais que serão colhidas determinadas provas, dentro de uma lógica processual, sendo apresentadas pelas partes a requerimento das partes ou do próprio julgador, de ofício, quando forem importantes para o resultado do processo que se aprecia.

Durante a audiência, por exemplo, são produzidas as provas conhecidas como depoimentos pessoais, assim como se procede a oitiva das testemunhas que compõe o processo, sejam elas arroladas pelas vítimas, pela acusação ou pela defesa de quem é acusado. Têm-se também as provas colhidas durante a fase de inquérito policial, que devem ser validadas e

---

<sup>12</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 297.

<sup>13</sup> PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 181.

<sup>14</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 297.

avaliadas pelo julgador durante a condução do processo, para que se possa alcançar com maior presteza a realidade dos fatos e a veracidade da possível conduta ilícita praticada.

Descrevem-se os meios de prova da seguinte maneira “Meios de prova: são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo”.<sup>15</sup>

A doutrina mais moderna tem procurado distinguir os meios de prova dos meios de obtenção de prova. Tal dicotomia já encontrou acolhida legislativa no CPP português de 1987 e no CPP italiano de 1988. Também o adota o Projeto de CPP brasileiro – PLS no 156/2009. A diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex.: o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos. (BADARÓ, 2012, p. 298).

As provas são colhidas durante os autos do processo, portanto, através dos meios de prova, visa-se a realidade dos fatos que levarão ao suposto cometimento de uma conduta criminosa; estando presentes no ordenamento jurídico brasileiro, na área do processo penal, precisamente no Código de Processo Penal.

Meios de prova são os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato. O CPP disciplina os seguintes meios de prova: exame de corpo de delito e perícias em geral (arts. 158 a 184), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 e 230), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239), busca e apreensão (arts. 240 a 250). Tal classificação, contudo, não é isenta de críticas. O interrogatório do acusado (CPP, arts. 185 a 196), embora previsto no título da prova, em face da previsão constitucional do direito ao silêncio (art. 5o, LXIII), constitui, na verdade, meio de defesa.<sup>16</sup>

“Em primeiro lugar, a título de esclarecimento, convém salientar que o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.<sup>17</sup> Os meios de prova são o caminho, os procedimentos usados pelas partes para chegarem às informações, dados que serão apresentados visando reconhecer sua verdade dos fatos, devendo-se revelar meios lícitos de busca de provas.

### 1.3. OS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVAS

---

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 333.

<sup>16</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 298.

<sup>17</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326)

Ciente da existência dos meios de prova visualiza-se agora os meios utilizados no ordenamento jurídico brasileiro para que se possa ter a obtenção dessas provas, onde visa-se entender como são constituídas essas provas, através de conhecimentos doutrinários sobre esse assunto a ser questionado nesse item. Regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro, algumas provas somente podem ser recolhidas mediante a utilização de procedimentos específicos, determinados pela via judicial, conhecidos como meios de obtenção de provas, uma vez que não são dispostas as partes de maneira simples.

Assim, pode-se valer de meios de obtenção de provas para que se possam ter concepções a respeito das provas que serão apresentados no processo. Sendo esses meios durante o procedimento judicial, como a busca e apreensão e a interceptação de ligações telefônicas.

Meios de obtenção de provas, também denominados meios de investigação ou de pesquisa de provas, são instrumentos para a colheita de fontes ou elementos de prova. O único meio de obtenção de prova disciplinado pelo CPP é a busca e a apreensão, embora elencada, erroneamente, entre os meios de prova. Há outros meios de obtenção de provas previstos em leis especiais: a interceptação das comunicações telefônicas, disciplinada na Lei no 9.296/1996; a interceptação ambiental (nominada na Lei no 9.034/1995); as chamadas “quebras” dos sigilos legalmente protegidos, como o financeiro (regidos pela Lei Complementar no 105/2001), o fiscal (CTN, art. 198), o sigilo profissional, entre outros.<sup>18</sup>

Bastante corriqueira nos dias atuais, as quebras de sigilos bancários, telefônicos são meios de obtenção de provas bem eficientes para que se possam colher informações e levar ao processo dados que permitam uma convicção mais aperfeiçoada da conduta criminosa possivelmente praticada.

Meios de obtenção da prova: o art. 3.º da Lei 12.850/2013 (Organização criminosa) estabelece serem meios de obtenção da prova os seguintes: a) colaboração premiada; b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; c) ação controlada; d) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas e dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e as informações eleitorais ou comerciais; e) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; f) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; g) infiltração, por policiais, em atividades de investigação, na forma do art. 11; h) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou de instrução criminal.<sup>19</sup>

Citadas em diversas leis específicas voltadas para as condutas criminosas, os meios de obtenção de provas permitem que sejam usados diversificados elementos para a condução dessa

---

<sup>18</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 300.

<sup>19</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 334.

busca, desde que sejam validas a partir de meios lícitos, vedando-se a utilização de instrumentos e condutas ilícitas para obtenção das provas.

#### **1.4. O OBJETO DA PROVA**

Cita-se nesse ponto da pesquisa como é descrito o objeto da prova no Direito Processual Penal brasileiro. Diante de conhecimento doutrinário sobre o assunto, pelo qual se fundamenta essa parte das provas no processo penal brasileiro. São descritos por Badaró (2012) como os fatos, ou seja, aquilo que pode ser julgado como verídico ou inverídico através do entendimento judicial, pondo fim à demanda que se instituiu em forma de processo.

Embora seja comum a afirmação de que o objeto da prova são os fatos, o que se provam não são os fatos, mas sim as “alegações dos fatos”. Os fatos são acontecimentos históricos que existiram ou não existiram. Assim, os fatos ou existem ou são imaginários. O que pode ser verdadeiro ou falso e, portanto, passível de prova são as afirmações quanto à existência do fato. (BADARÓ, 2012, p. 302).

Assim sendo, as partes que se conflitam terão momentos dentro do processo para que possam apresentar seus fatos, ou seja, os objetivos de cada prova que levem ao processo, visando gerar no juiz uma convicção, uma certeza quanto a possível prática de ilicitude por um agente.

#### **1.5. OS MOMENTOS PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Explicam-se os momentos probatórios, que constituem elementos dentro do assunto provas no Direito Processual Penal brasileiro, destacando-se a investigação, a propositura, a admissão, a produção e a valoração das provas, em meio a conhecimentos doutrinários sobre o assunto.

Portanto, as provas possuem momentos de obtenção, antes e durante a fase processual, visando instruir o processo com informações e dados precisos a determinadas circunstâncias dentro do processo, mediante a orientação do juiz para a solução das divergências criminais.

Pelos momentos processuais, tem-se “O direito à prova envolve cinco momentos distintos: (1) investigação; (2) propositura; (3) admissão; (4) produção; (5) valoração” (BADARÓ, 2012, p, 303).

O momento de investigação dentro de um processo, visando buscar provas, se dá com a valorização da atuação de órgãos como o Ministério Público e a fase de inquérito policial,

reconhecendo-se a atuação desses órgãos na colheita de informações e condução do caso ao Poder Judiciário.

O direito à investigação está ligado à busca de fontes de provas. Tal direito sempre foi reconhecido, ainda que sem preocupação de estudá-lo sistematicamente, ao Ministério Público e ao acusador privado, sendo exercido, principalmente, por meio do inquérito policial. Recentemente, têm-se intensificado as discussões sobre os poderes investigatórios do Ministério Público. Ainda que o tema seja polêmico, reconhecido o direito de investigação da acusação, em respeito ao princípio da igualdade de partes, deverá ser conferido igual direito à defesa, com a necessidade de uma disciplina legal do direito de investigação particular. (BADARÓ, 2012, p, 306).

A fase de propositura dentro dos momentos probatórios, tem-se a atuação das partes, que buscam perante o juiz o requerimento de incidência de provas, em cada fase processual, conforme o andamento do processo. Cita-se sobre essa fase “O direito à proposição da prova significa a possibilidade de as partes requererem ao juiz a produção das provas sobre os fatos pertinentes e relevantes” (BADARÓ, 2012, p, 306).

O momento probatório da admissão das provas se dá com o reconhecimento das provas instruídas pelas partes ou da sua inadmissibilidade durante o processo, mediante a decisão do juiz que conduz o caso, que tomará a decisão ao analisar a prova que foi juntada.

As partes têm o direito à admissão ou ao deferimento do requerimento de proposição das provas que sejam lícitas, pertinentes e relevantes. A admissão ou deferimento das provas se dá por decisão judicial. Correlato ao direito à proposição de provas lícitas é o direito de exclusão das provas inadmissíveis. A inadmissibilidade é uma sanção processual que visa a impedir que provas viciadas ingressem no processo e possam influenciar, de alguma forma, o convencimento judicial. (BADARÓ, 2012, p, 306).

A fase de produção das provas dentro de um devido processo penal se dá com a concessão do direito a parte que a requisitou de amparar-se dessa concessão para apresentar as provas, da qual fez requerimento e que fora definida pelo julgador responsável pela apreciação do caso.

“Uma vez requerida e admitida a produção da prova, surge para a parte o direito à produção da prova. Os meios de prova, em regra, devem ser produzidos em contraditório, na presença das partes e do juiz natural” (BADARÓ, 2012, p, 307).

A fase final dos momentos probatórios é a valoração da prova que fora levada pelas partes ou requerida por essas e tenha-se admita por decisão do juiz, desde que reconhecidamente obtida por meio lícito, devendo-se atribuir a mesma um valor dentro do processo, no ato do julgamento.

Finalmente, assiste às partes o direito à valoração da prova produzida. De nada adiantaria o direito de investigar, requerer, ter admitida e produzida a prova, se no momento culminante do processo o juiz pudesse, simplesmente, ignorar a prova. Toda prova produzida deve ser valorada pelo juiz. É óbvio que o juiz não é obrigado a acolher a prova, considerando-a sempre atendível. O juiz pode examinar e valorar a prova, mas considerá-la insuficiente para convencê-lo da ocorrência de um determinado fato. Não pode, porém, ignorar a prova produzida. Todo e qualquer meio de prova produzido deve ser valorado pelo juiz. (BADARÓ, 2012, p. 308).

Algumas exigências surgem dessa valoração da prova, como a negativa dada ao juiz de ignorar a prova depois de seguidas todas as fases dentro de um processo, ou seja, uma vez apresentada aos autos, sendo de meio lícito, as provas devem ser valoradas pelo julgador, dando utilização para o resultado do processo, para que seja proferida a sentença condenando ou absolvendo o acusado.

Os meios probatórios ao serem investigados permitiram entender como se dá a valoração das provas no processo penal brasileiro, contribuindo para o resultado da pesquisa, pois essa versa sobre a valoração da palavra da vítima como única prova no direito processual penal.

## **2. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Nesse tópico, mostram-se os princípios atinentes ao julgamento dos juízes sobre casos em que não haja uma certeza quanto à atuação do agente criminoso, ou seja, quando paira dúvidas sobre a autoria da prática decorrente da infração ao Código Penal brasileiro.

Destacam-se os princípios do *in dubio pro reo*, *in dubio pro societates* e do favor rei, que são voltados para a garantia dos direitos dos acusados no processo penal brasileiro. Expondo-se primeiramente o princípio do *in dubio pro reo*, depois do *in dubio pro societates* e por fim, o princípio do favor rei.

Os princípios demonstram para as partes conflitantes que compõe a relação processual uma série de requisitos que devem ser exigidas desses para que se tenha um respeito às normas que constituem o direito processual penal no Brasil, citando-se como exemplos os princípios como do *in dubio pro reo*, *in dubio pro societates* e do *favor rei*.

“No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”. (CAPEZ, 2014, p.73). Assenta a verdade real como princípio essencial dentro do direito processual penal brasileiro.

Nessa orientação sobre os princípios processuais penais, deve-se o juiz visar a apuração da verdade dos fatos, como vertente do princípio da verdade real, do qual os julgadores buscam alcançar ao fim dos processos, dando-se uma decisão mais próxima da concretude dos fatos.

## 2.1. O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*

O princípio do *in dubio pro reo* visa proteger os acusados dentro dos processos quando não houver provas determinantes que possam dar ensejos para a condenação. “Quando a prova não se mostrar inverossímil, prevalecerá o princípio do **in dubio pro reo**”. (CAPEZ, 2014, p. 326).

“Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência”. (LIMA, 2016, p. 81).

Gera-se no processo penal o ônus da prova para a parte que acusa a outra do cometimento de uma infração legalmente definida como crime, devendo-se nessas circunstâncias a parte acusadora provar que o acusado é o responsável pela prática da conduta criminosa. Havendo dúvidas, portanto, da autoria da prática criminosa, deve-se o juiz se valer desse princípio para absolver o acusado da conduta a ele atribuída. “O *in dubio pro reo* vale ao ter o juiz que absolver ou condenar o réu. Não, porém, ao decidir se decreta ou não a custódia provisória<sup>20</sup>”

O juiz que analisa um caso dentro do processo penal tem dentro a sua função no julgamento do caso de valorar as provas juntadas ao processo, que quando duvidosas da autoria da conduta criminosa, deve-se aplicar no julgamento do caso o *in dubio pro reo*.

*O in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Antes, cabe à parte acusadora (Ministério Público ou querelante) afastar a presunção de não culpabilidade que recai sobre o imputado, provando além de uma dúvida razoável que o acusado praticou a conduta delituosa cuja prática lhe é atribuída<sup>21</sup>.

O Estado então enquanto responsável pela punição dos infratores penais deve agir para que as condutas tipificadas como crime venham a ser punidas, aplicando-se uma sanção penal

---

<sup>20</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 277.

<sup>21</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 81.

aos que cometem essas atitudes ilícitas, desde que comprovadas mediante um devido processo legal.

Porém, existem casos que as provas colhidas não são conclusivas sobre a autoria criminosa, gerando-se uma divergência entre a presunção de inocência e a ação do Estado enquanto responsável pela aplicação da legislação processual penal e penal no Brasil.

O primeiro significa que, em caso de conflito entre a inocência do réu – e sua liberdade – e o poder-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. Aliás, pode-se dizer que, se todos os seres humanos nascem em estado de inocência, a exceção a essa regra é a culpa, razão pela qual o ônus da prova é do Estado-acusação. Por isso, quando houver dúvida no espírito do julgador, é imperativo prevalecer o interesse do indivíduo, em detrimento da sociedade ou do Estado<sup>22</sup>.

A insuficiência de provas precisas dentro de um processo é capaz de determinar de maneira eficiente quem realmente praticou a conduta criminosa, deve-se reconhecer o estado de inocência do acusado, para que esse não venha a ser penalizado por uma prática que não cometeu.

Fato semelhante ocorre no julgamento de crimes dolosos contra a vida, que versam que “Destarte, a nosso ver, havendo dúvidas quanto à existência do crime ou quanto à presença de indícios suficientes, deve o juiz sumariante impronunciar o acusado, aplicando o *in dubio pro reo*”<sup>23</sup>.

Logo, diante da presença de um conjunto probatório capaz de autorizar um juízo de certeza no sentido da culpabilidade do acusado, deve o *Parquet* pugnar por sua condenação. No entanto, como parte imparcial e fiscal da lei que é, caso o órgão ministerial entenda que não há provas suficientes para um decreto condenatório, deve pugnar pela absolvição do acusado, em fiel observância à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência – *in dubio pro reo*<sup>24</sup>.

A aplicação do princípio do *in dubio pro réu* pode ser verificado mesmo que haja a condenação na esfera cível do acusado, desde que existam dúvidas no processo “Já quanto à autoria delitiva, de “não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal” (inciso V), como já analisado, por se tratar de uma aplicação do *in dubio pro reo* no que se refere à autoria delitiva, não impede a ação civil ex delicto.”<sup>25</sup>”

---

<sup>22</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21.

<sup>23</sup>LIMA, 2016, p. 1837.

<sup>24</sup>Ibid, p. 1637.

<sup>25</sup>BADARÓ, 2012, p. 171.

A dúvida então se torna a diferença para a aplicabilidade do *in dubio pro reo*, reconhecendo-se ao acusado o direito de ter sua liberdade resguardada, com a sua absolvição dentro do processo no qual está sendo processado, incidindo esse princípio processual.

No caso de não existir prova suficiente para a condenação (inciso VII), o réu deve ser absolvido por força do benefício da dúvida. Como no processo penal vige a máxima *in dubio pro reo*, não havendo provas suficientes, o réu será absolvido. Isto não quer dizer que também ele venha a ser absolvido no processo civil. (BADARÓ, p. 171, 2012).

Desse modo, a condenação de um agente acusado da conduta criminosa parte da comprovação de elementos precisos e concisos sobre a sua atuação com relação ao crime, vedando-se que esse seja punido pelas dúvidas geradas na valoração das provas juntadas aos autos.

Portanto, para que seja aplicado o *in dubio pro reo*, o juiz deve se valer de todas as provas juntadas aos autos, para que havendo a dúvida ou então excludentes da conduta criminosa, reconhecer ao acusado o direito dessa dúvida, não o condenando pela confusão da incidência criminosa.

Apenas se limitou a dizer que não se provou a existência do fato – o que ainda pode ser feito nocível; disse que não é o fato infração penal – mas pode ser ilícito civil; declarou que não há provas do réu ter concorrido para a infração penal – o que se pode apresentar na esfera cível; disse haver insuficiência de provas para uma condenação, consagrando o princípio do *in dubio pro reo* – embora essas provas possam ser conseguidas e apresentadas no cível; absolveu por inexistir culpabilidade – o que não significa que o ato é lícito; arquivou inquérito ou peças de informação – podendo ser o fato um ilícito civil; julgou extinta a punibilidade – o que simplesmente afasta a pretensão punitiva do Estado, mas não o direito à indenização da vítima<sup>26</sup>.

O *in dubio pro reo* atinge diretamente a autoria da conduta criminosa, pois visa resguardar aquele que é acusado de uma prática transcrita como infração penal e não tem-se elementos capazes de gerar a certeza ao julgador da sua conduta ativa nos crimes.

Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa<sup>27</sup>.

Incidente em diversos julgamentos, o *in dubio pro reo* é um artifício recorrente da defesa, ao observar-se que as condutas atribuídas aos supostos infratores legais, ora acusados do

---

<sup>26</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 170.

<sup>27</sup>Ibid., p. 337.

processo não são conclusivas, possibilitando entendimentos contrários quanto à participação do acusado.

## 2.2. O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*

Se por um lado o *in dubio pro reo* versa sobre a limitação dada ao Estado no dever de punir, reconhecendo-se que quando existirem dúvidas da conduta atribuída a um possível infrator legal, deve-se o Estado não promover a condenação desse, dando a ele o benefício da absolvição, o princípio do *in dubio pro societate* atua de forma contrária a esse, promovendo a condenação do infrator.

Inverte-se com relação a aplicação desse princípio, o ônus da prova, devendo o acusado reconhecer elementos e informações que comprovem sua inocência pelas acusações que a ele são atribuídas pela parte acusatória no processo que se demanda.

A presunção de dolo nada mais é do que uma regra de julgamento no sentido de que, havendo dúvida se o acusado agiu ou não dolosamente, deverá ser condenado, pois incumbia a ele provar que não agiu dolosamente. Em última análise, representa a adoção do *in dubio pro societate*, que faz incidir sobre o acusado o ônus da prova de sua inocência<sup>28</sup>.

Esse princípio processual penal apresenta grande incidência dentro dos julgamentos de casos de crimes dolosos contra a vida, através do procedimento do Tribunal do Júri, em que nos casos de dúvida, atinente a esse princípio, o juiz promove a pronúncia do acusado, mesmo havendo dúvidas da prática criminosa por ele.

“É muito comum na doutrina a assertiva de que o princípio aplicável à decisão de pronúncia é o *in dubio pro societate*, ou seja, na dúvida quanto à existência do crime ou em relação à autoria ou participação, deve o juiz sumariamente pronunciar o acusado”<sup>29</sup>.

Citando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da valoração das provas no direito processual penal brasileiro, analisa-se a aplicabilidade do princípio do *in dubio pro societates*, reconhecendo a prova de materialidade do crime que está sob julgamento, como se vê:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 121, § 2º, IV, DO CP. REEXAME E REVALORAÇÃO DE PROVAS. PRONÚNCIA. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. I – A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e

<sup>28</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 322.

<sup>29</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único . 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1862.

delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes). II – Em se tratando de crime afeto à competência do Tribunal do Júri, o julgamento pelo Tribunal Popular só pode deixar de ocorrer, provada a materialidade, caso se verifique ser despropositada a acusação, porquanto aqui vigora o princípio *in dubio pro societate* (Precedentes). III – Na hipótese vertente, o v. acórdão atacado, ao confirmar a r. decisão que havia impronunciado o recorrido, não evidenciou ser abusiva e despropositada a acusação. Desse modo, configurada a dúvida sobre a participação do recorrido nos fatos em apuração, deve-se levar a solução da causa ao Tribunal Popular, constitucionalmente encarregado desta missão (*ex vi* art. 5º, inciso XXXVIII, da CF). Recurso especial provido (REsp. 878334/DF, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgado em 5.12.2006, DJ 26.2.2007 p. 639)<sup>30</sup>.

Enquanto no princípio do *in dubio pro reo* a dúvida beneficia o agente acusado, no *in dubio pro societates* a dúvida gera o sentido contrário, que é o prosseguimento do processo penal, não garantindo ao mesmo os benefícios e a incidência da presunção de inocência.

“Não se exige prova plena, sendo suficiente o juízo de probabilidade (*fumus boni iuris*), sob o influxo do princípio *in dubio pro societate*. Havendo indicação provável de prática de crime, o juiz poderá autorizar.<sup>31</sup>”

Difere-se então o princípio do *in dubio pro societates*, por esse promover nos casos de dúvida o prosseguimento do processo, em sentido contrário a outros princípios como a presunção de inocência e particularmente o princípio do *in dubio pro réu*, que nesses casos zela pela absolvição do acusado.

### **2.3. O PRINCÍPIO DO FAVOR REI**

O princípio do *favor rei* atua de modo semelhante a presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*, no qual deve-se valer de opiniões unânimes quanto a possível punição de um acusado da prática de uma conduta criminosa, conforme estabelece o direito penal no Brasil.

O *favor rei* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu<sup>32</sup>.

Pelo princípio do favor rei, no direito processual penal, quando incide a existência de duas interpretações de conteúdo contrário sobre uma conduta dita como criminosa, deve-se atribuir ao acusado da conduta tipificada como crime a interpretação mais favorável.

---

<sup>30</sup>PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 437.

<sup>31</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 320.

<sup>32</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 95.

“Exatamente por isso, e não pela só prevalência de um abstrato princípio do favor rei, ninguém será processado pelo mesmo fato, de que já tenha sido absolvido em outro processo (vedação da revisão *pro societate*).<sup>33</sup>”

O princípio do favor rei também é incidente sobre a vedação de duplos processos ao acusado dentro de uma mesma conduta criminosa, desde que tenha verificado que tenha sido absolvido o acusado anteriormente em processo, uma vez relacionado a essa conduta supostamente praticada pelo acusado, evitando uma dupla atuação do Estado, no direito de punir sobre um mesmo fato tipificado como infração legal pelo Código Penal.

A dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas; só a defesa possui certos recursos, como os embargos infringentes; só cabe ação rescisória penal em favor do réu (revisão criminal) etc<sup>34</sup>.

O princípio do favor rei é bastante incidente dentre a análise de recursos criminais, como os embargos infringentes, na valoração das interpretações divergentes nos julgamentos e nos recursos de revisão criminal, podendo-se ser utilizada somente pelo acusado.

Nota-se pelos dados demonstrados na seção, que os resultados são esclarecedores sobre a incidência dos princípios do *in dubio pro reo* e *in dubio pro societates* nos casos em que haja dúvidas sobre a autoria criminosa, devendo-se o juiz apreciar o caso com foco nessas dúvidas, absolvendo-se o mesmo.

O princípio do favor rei vai em sentido semelhante ao princípio do *in dubio pro reo*, visto que tem como fundamento promover uma decisão uniforme, quando existem divergências sobre autoria da conduta criminosa, devendo-se encontrar a posição mais favorável ao acusado da infração penal.

### **3. A PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICA PROVA NOS CASOS DOS CRIMES SEXUAIS E O PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO***

Os crimes sexuais estão dimensionados no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Penal, que normatizou as condutas que venham a afrontar a dignidade sexual das pessoas, sejam elas homens ou mulheres e independentemente da faixa etária dessa vítima.

Ocorridos os crimes sexuais, deve o Estado através do Poder Judiciário tomar ciência de quem praticou o ato criminoso e qual a sanção que deverá ser aplicada a esse criminoso,

---

<sup>33</sup>PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 75.

<sup>34</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 79.

reconhecendo-se a autoria dos crimes e fazendo com que esse infrator legal venha a ser punido pela conduta ilícita praticada.

Orienta-se esse tópico com a abordagem doutrinária a respeito desse questionamento sobre a validade da palavra da vítima nos crimes sexuais para a punição do acusado e a juntada de decisões jurisprudenciais que tomam sentido dentro dessa única prova de uma conduta tipificada como ilícita de cunho sexual. A princípio, esse tópico faz um resumo sobre os crimes sexuais, para depois se fazer uma apresentação da valoração da prova no direito processual penal brasileiro e finaliza-se com o exame do valor da palavra da vítima nos casos de crimes sexuais e a ameaça ao princípio do *in dubio pro reo*.

### **3.1. OS CRIMES SEXUAIS NO DIREITO PENAL BRASILEIRO**

Os crimes sexuais estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro como uma forma de proteger as pessoas membros da sociedade de condutas que violem sua dignidade sexual, demonstrando quanto a essas condutas uma grande repulsa por aqueles que compõem os grupos sociais.

A dignidade da pessoa humana torna-se elemento fundamental dentro da ótica dos crimes sexuais, do qual se devem resguardar todas as variantes desse princípio, vedando-se que sejam praticadas condutas que ameacem a dignidade dessa pessoa, observando-se o cunho sexual.

Surge então a Lei nº 12.015 de 2009, que estendeu as punições para as práticas de condutas que causassem ameaças à dignidade das pessoas, no aspecto sexual. Dentre a abrangência da nova redação desses crimes sexuais, não há uma distinção de sexo entre as vítimas desses crimes.

Desse modo, o que se tutela é a dignidade da pessoa humana, sob o aspecto sexual, e os direitos a ela inerentes, como a sua liberdade, sua integridade física, sua vida ou sua honra etc. Ao lado disso, busca-se a proteção também da moralidade pública sexual, cujos padrões devem pautar a conduta dos indivíduos, de molde a que outros valores de grande valia para o Estado não sejam sobrepujados<sup>35</sup>.

A extensão da proteção dada às pessoas com relação aos crimes sexuais se deu no aspecto legal, dimensionando novas redações e igualando diversas condutas que até então eram vistas e punidas de forma diferente, vedando-se qualquer violência de cunho sexual, independentemente da forma que essa violência assumia a vítima, seja ela mulher ou homem.

---

<sup>35</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 669.

Abrange-se dentro dos crimes contra a liberdade sexual, punir as condutas tipificadas como constrangimento de alguém, no cunho sexual. Esse constrangimento deve ser voltado à prática de conjunção carnal ou ainda qualquer conduta reforçada como ato libidinoso.

“Com a nova epígrafe do delito em estudo, passou-se a tipificar a ação de constranger qualquer pessoa (homem ou mulher) a ter conjunção carnal ou a praticar ou a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso<sup>36</sup>”.

Cita-se novamente que a legislação penal brasileira não faz qualquer distinção entre o gênero das vítimas dos crimes sexuais, bastando somente a conduta para que se possa ser verificada a infração penal, punindo-se de forma igualitária atos libidinosos e conjunções carnavais, por exemplo.

Houve uma atipicidade meramente relativa, com a passagem de um tipo para outro (em vez de atentado violento ao pudor, passou a configurar também estupro, com a mesma pena). Conclui-se, portanto, que o estupro passou a abranger a prática de qualquer ato libidinoso, conjunção carnal ou não, ampliando a sua tutela legal, para abarcar não só a liberdade sexual da mulher, mas também a do homem. (CAPEZ, p. 670, 2014).

Passa-se a entender como crime de estupro essas práticas ilícitas descritas no ordenamento jurídico brasileiro, pelo código penal brasileiro, referentes a ocorrências de atos libidinosos ou conjunção carnal frente as vítimas, pois afetariam nesses casos a liberdade sexual da vítima.

### **3.2. A VALORAÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

No Brasil, o sistema adotado para valoração das provas é o sistema do livre convencimento motivado, atribuindo ao juiz o dever de valorar e fundamentar a decisão que será tomada na sentença, através das provas e documentos juntados aos autos pelas partes ou o seu próprio requerimento.

Ao longo dos tempos, existiram dois outros sistemas de valoração das provas, como o sistema da prova legal e o sistema da íntima convicção, que estava atrelado somente aos entendimentos do juiz a respeito de determinado caso que a ele era apresentado para julgamento.

No sistema da prova legal, em sua fase rudimentar, prevaleciam as ordálias ou Juízos de Deus, bem como os duelos. A prova era revelada por Deus, e o juiz apenas seguia tal resultado. Na evolução do sistema da prova legal, passou-se para a prova tarifada, na qual a lei estabelecia, previamente, quais os meios de prova aptos a provar cada fato e

---

<sup>36</sup>Ibid, p. 669.

qual o valor de cada meio de prova. São resquícios deste sistema no ordenamento brasileiro a necessidade da prova por instrumento público (CPC, art. 366) e a vedação da exclusivamente testemunhal em determinados contratos (CPC, art. 401). No processo penal, a prova do estado das pessoas somente poderá ser feita na forma determinada pela lei civil (em regra, instrumento público, como certidão de casamento, certidão de óbito etc. – CPP, art. 155, parágrafo único). No sistema da íntima convicção, o juiz julga de acordo com o seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta para a formação do seu convencimento, inclusive, provas que não constavam do processo, ou fruto do seu próprio conhecimento privado. Este sistema foi adotado pelo Código Napoleônico de 1808. No sistema atual, a única previsão de julgamento pela íntima convicção é no Tribunal do Júri, na decisão dos jurados (CPP, art. 472). No sistema da persuasão racional ou do livre convencimento, o juiz é livre para decidir, mas deverá fazê-lo somente levando em conta as provas existentes no processo (*quod non est in actis non est in mundus*). Além disso, o juiz deve valorar as provas de forma lógica e racional, confrontando umas com as outras, segundo as regras de lógica e experiência. Todo o seu convencimento deverá ser motivado (CR, art. 93, IX), razão pela qual também é denominado sistema do livre convencimento motivado. É o sistema adotado no CPC (art. 131) e CPP (art. 155, *caput*, c.c. o art. 381, III).

Determina-se pelo processo penal brasileiro, que o juiz não pode proferir sentenças somente com provas colhidas durante a fase de inquérito policial, ou seja, sem que haja o contraditório e a ampla defesa, para que o acusado possa se defender das acusações que lhe são proferidas.

Devendo-se usar o inquérito policial somente como elemento para que o juiz forme sua convicção sobre a conduta criminosa, mas nunca como elemento único de valoração para a punição de um crime, utilizando-se em conjunto com demais provas apresentadas aos autos.

O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito. Assim, a confissão extrajudicial, por exemplo, terá validade como elemento de convicção do juiz apenas se confirmada por outros elementos colhidos durante a instrução processual. Esse entendimento acabou por se tornar letra expressa do art. 155 do CPP, o qual dispõe que: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Assim, a reforma processual penal trouxe evidente limitação ao princípio do livre convencimento do juiz, que constava de maneira ampla na antiga redação do art. 157 do CPP<sup>37</sup>.

Assim, no julgamento dos casos levados ao judiciário, no processo penal, as partes podem apresentar as provas, nos momentos apropriados, mas também podem requisitar ao juiz que seja colhida diferenciado tipo de prova, através dos meios de obtenção de prova, como a interceptação telefônica.

---

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Fernando Capez. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 112.

Porém, pode o juiz dentro do curso do processo que se tramita, no uso das suas atribuições requerer que as partes juntem determinada prova aos autos ou então que seja praticada determinada diligência, também exigindo-se que se possa ouvir alguma testemunha ou técnico com a finalidade de esclarecimento de alguma questão importante ao processo.

### **3.3. A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA E OS PRINCÍPIOS DO *IN DUBIO PRO REO*, *FAVOR REI* E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

No julgamento dos casos, então, o juiz deve estar munido de provas convincentes para que se possa alcançar o mais próximo a realidade dos fatos, fazendo-se uma decisão justa sobre os fatos que realmente aconteceram, punindo os infratores legais e dando uma resposta a sociedade pela conduta criminosa praticada, especialmente nos crimes sexuais.

Da verdade formal ou dispositivo. Regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que fundamentará sua decisão (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*). Segundo o princípio, pode o juiz dar-se por satisfeito, quanto à instrução do feito, com as provas produzidas pelas partes, rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos de convicção. Este princípio é próprio do processo civil. Contudo, nota-se clara tendência publicista no processo, levando o juiz a assumir uma posição mais ativa, impulsionando o andamento da causa, determinando provas *ex officio* e reprimindo condutas abusivas ou irregulares. (CAPEZ, p.68, 2014).

Deve o juiz, para proferir a sentença se valer de todas as informações levadas ao processo, dando valor aos documentos, depoimentos, interrogatórios, pareceres técnicos juntados no andamento processual, atribuindo uma dimensão para cada uma dessas provas.

A sentença ao ser proferida pelo juiz deve ser fundamentada nos dispositivos legais e pelas provas requisitadas no processo, não podendo o juiz tomar uma decisão, punindo ou absolvendo o acusado sem que haja provas convincentes da conduta criminosa.

Da verdade material ou da livre investigação das provas. Característico do processo penal, dado o caráter público do direito material *sub iudice*, excludente da autonomia privada. É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos, como fundamento da sentença. É inegável que, mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto “o que não está nos autos, não está no mundo”<sup>38</sup>.

Nos processos julgados pelo Poder Judiciário que envolve a existência de crimes tipificados com qualquer conduta dentro dos crimes sexuais, as provas devem ser precisas para

---

<sup>38</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Fernando Capez. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.

que haja a punição do infrator, dando ciência ao julgador da realidade dos fatos que levaram ao cometimento do crime.

A juntada de provas nos crimes sexuais deve seguir a mesma linha dos demais crimes. Sendo que, na prática do crime tenha-se deixado vestígios, deve-se realizar exame de corpo de delito, capaz de direcionar a ocorrência de danos à vítima, por profissional especializado.

“Se a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, conforme estatui o art. 158 do CPP” (CAPEZ, p. 673, 2014).

O debate sobre a validade da aplicação desse dispositivo nos casos de crimes sexuais foi discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), onde definiu-se quanto a questão, que não se pode arguir nulidade processual a inexistência de exame de corpo de delito.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem para valorar também outras provas decorrentes da conduta criminosa, que afeta a dignidade sexual da vítima, desde que haja outros elementos probatórios.

Nesse sentido: STF: “A nulidade decorrente da falta de realização do exame do corpo de delito não tem sustentação frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não considera imprescindível a perícia, desde que existentes outros elementos de prova” (STF, HC 76.265-3/RS, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 18-10-1996, p.39847). Na mesma senda, STJ: “A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineado são bojo da ação penal” (STJ, HC 8.720/RJ, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, DJU, 29-11-1999, p. 126)<sup>39</sup>.

Reforça o entendimento do STF, o julgamento do *Habeas Corpus* nº 69591/SE pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do qual admite-se que devem ser utilizadas outras provas nos casos em que haja violência sexual mediante grave ameaça a vítima, inobservados os vestígios deixados nos crimes.

Estupro com grave ameaça ou violência presumida (cf. hipóteses do revogado art. 224 do CP): STF: “Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se impõe, necessariamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (com violência moral ou com violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais. O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167), revela-se legítimo (RTJ 63/836; RTJ 81/110; RT 528/311), desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto. Precedentes” (STF, HC 69591/SE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 10-11-1992, DJ 29-9-2006, p. 46). Atualmente, o crime de estupro com violência presumida configura a nova modalidade delitiva do art. 217-A (estupro de vulnerável) (CAPEZ, p.674, 2014).

---

<sup>39</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Fernando Capez. 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, 673.

Então, não se torna imprescindível a realização de exame de corpo de delito nos casos de crimes sexuais, especialmente quando esses crimes venham a ser realizados mediante a existência de grave ameaça à vítima, que tenha sofrido os abusos contra a sua liberdade sexual.

Discute então, quando ocorrerem crimes sexuais em que não sejam possíveis outros tipos de provas a não ser aqueles decorrentes das palavras da vítima, que leva ao judiciário sua versão, descrevendo-se uma conduta criminosa e assim ensejando uma atuação punitiva do Estado para com o acusado.

Dentro da valoração das provas, nos casos de crimes sexuais, as palavras da vítima ganham um destaque e enfoque dentro do processo, sendo colocadas em condição de relevância, podendo-se a partir dessa palavra formar um convencimento sobre a existência ou não de um crime.

Tanto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendem uma valoração de destaque da palavra da vítima, que devem ser levadas em consideração a palavra da vítima, visto que muitos dos casos de violência sexual são cometidos sem a presença de outros elementos, podendo não ser possíveis a realização de exames de corpo de delito que comprovem a violência.

Palavra da vítima (jurisprudência anterior à Lei n. 12.015/2009): STF: “1. Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, elide o argumento da negativa de autoria” (STF, RHC 79788/MG, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, j. 2-5-2000, DJ 17-8-2001, p. 52). STJ: “A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não têm testemunhas, ou deixam vestígios. II – Para efeito de apreciação em sede de *writ*, a autoria do delito pelo qual os pacientes restaram condenados está suficientemente demonstrada com base nas provas produzidas. *Writ* denegado” (STJ, HC 46597/MG, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. 6-12-2005, DJ 13-2-2006, p. 838). STJ: “I. Hipótese em que o Juízo sentenciante se valeu, primordialmente, da palavra da vítima – menina de apenas 8 anos de idade, à época do fato –, e do laudo psicológico, considerados coerentes em seu conjunto, para embasar o decreto condenatório. II. Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios. Precedentes. III. Recurso provido, nos termos do voto do Relator” (STJ, REsp 700800/RS, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11-3-2005, DJ 18-4-2005, p. 384). Por fim, TJRS: “Prova. Crime contra os costumes. Palavra da vítima. Valor. Como se tem decidido, nos crimes contra os costumes, cometidos às escondidas, a palavra da vítima assume especial relevo, pois, via de regra, é a única. E ela prepondera sobre a do réu. Esta preponderância resulta do fato de que uma pessoa, sem desvios de personalidade, não irá acusar desconhecido da autoria de um delito, quando isto não ocorreu. E quem é acusado, em geral, procura fugir da responsabilidade de seu ato. Tratando-se de pessoa idônea, sem qualquer animosidade contra o agente, não se poderá imaginar que ela vá mentir em Juízo, acusando um inocente. No caso, as declarações da vítima informam e convencem sobre a tentativa de estupro sofrida por ela e seu autor,

o apelante. Apelo defensivo desprovido. Por maioria” (TJRS, Ap. Crim. 70010755536, 7ª Câmara Criminal, Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 14-4-2005)<sup>40</sup>.

A palavra do ofendido se torna de grande valor dentro do julgamento de acusados de crimes sexuais, pois tratam em determinadas ocasiões de crimes sexuais como únicas fontes que comprovem a existência do crime, sendo a vítima a responsável por evidenciar a atitude ilícita.

Embora a palavra do ofendido deva ser considerada com reservas, exigindo-se que seja sempre confrontada com os demais elementos de prova existentes nos autos, não se pode deixar de reconhecer que, em alguns casos, possui alto valor, como nas hipóteses de crimes contra a dignidade sexual, os quais, cometidos na clandestinidade, não apresentam testemunhas. Neste sentido, é pacificada a jurisprudência<sup>41</sup>.

Pode-se como já afirmado, o juiz se valer da palavra da vítima para reconhecer a atitude criminosa por parte do infrator penal, mas dentro de uma lógica da descrição dos fatos, havendo-se também o contraditório e a ampla defesa por parte do acusado, apresentando suas provas.

Afinal, como a maioria das provas, possui valor relativo e, ainda que se trate de hipótese que não haja nenhuma outra prova direta, deverá o magistrado, para o bem de valorá-la, socorrer-se, no mínimo, da prova circunstancial (ausência de álibi convincente, presença de antecedentes judiciais pela prática de crime semelhante ao imputado, contradições entre as versões do réu prestadas na polícia e em juízo, coerência da versão da vítima sempre que ouvida etc.)<sup>42</sup> (AVENA, 2014, p. 1.685).

Então, quando o acusado estiver diante de uma acusação de crime sexual, em que a única prova trazida aos autos pela vítima seja suas declarações no processo, cabe ao acusado o dever de apresentar provas que impeçam a valoração absoluta dessa fala da suposta vítima.

Surge para o acusado a incumbência de mencionar e trazer aos autos do processo, fatos e provas que favoreçam sua defesa, como álibis que invalidem as palavras da vítima e formem no juiz o convencimento que as acusações são inverídicas, visto o grau de valoração dada a palavra da vítima, desde que não haja dúvidas quanto a conduta criminosa pelo acusado.

O princípio do *favor rei* também deve ser invocado quando examina-se a valoração dessas provas nos crimes sexuais conforme o direito penal brasileiro, devendo-se sempre ter uma aplicação mais benéfica ao acusado, especialmente quando houverem dúvidas sobre a conduta criminosa.

A absolvição do réu, acusado de uma conduta criminosa, quando não existirem comprovações da existência do crime, deve ser um fundamento da aplicação da lei dentro do

---

<sup>40</sup>AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 1685.

<sup>41</sup>Ibid, p. 1685.

<sup>42</sup>Ibid, p. 1685.

processo penal brasileiro, evitando-se que pessoas sejam punidas sem realmente terem praticados alguma conduta ilegal, como no caso dos crimes sexuais, em que só exista a palavra da vítima como prova do crime.

A dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida, absolve-se o réu, por insuficiência de provas; só a defesa possui certos recursos, como os embargos infringentes; só cabe ação rescisória penal em favor do réu (revisão criminal) etc<sup>43</sup>.

A inexistência de provas que tenham valor probatório mais representativo dentro de uma ocorrência criminal faz com que se tenha uma atenção maior a esses princípios como a presunção de inocência, do qual não se pode condenar um acusado antes que haja o trânsito em julgado da decisão.

“A doutrina é uniforme no sentido de que a dúvida sobre a conduta típica, incluindo em tal conceito a ação ou a omissão, onexo causal com o resultado naturalístico, quando estes forem exigíveis, levará a um julgamento absolutório”<sup>44</sup>.

Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual. Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência. (CAPEZ, 2014, p. 79).

A dúvida se torna a questão relevante dentro da aplicabilidade da presunção de inocência enquanto princípio fundamental na valoração das provas e na publicação da sentença por parte do julgador do caso que se tramita, reconhecendo a autoria do crime ou negando a mesma pela insuficiência das provas.

Portanto, como fruto da pesquisa apresentada entende-se que a palavra da vítima dos crimes de violência sexual podem ser validados pelo juiz como únicas fontes de provas da existência de um crime sexual, podendo ser apresentadas caso existam provas contrárias pela outra parte, invalidando as declarações proferidas pela vítima, desde que obtidas por meio lícito e venham a apresentar um nexo, que comprovem a inobservância da autoria do crime pelo acusado, reconhecendo-se nesse caso princípios como a presunção de inocência, *favor rei* e *in dubio pro reo*.

---

<sup>43</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, 79.

<sup>44</sup>BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 321.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os crimes sexuais constituem infrações penais que causam violação à dignidade sexual das pessoas, pelo que é regido no Código penal brasileiro e seguindo a roteirização do Código de Processo Penal no Brasil, causando elevada repulsa social a essas condutas.

Dentro do processo penal brasileiro, as provas devem ser obtidas por meios lícitos, validando-se suas aplicações dentro dos julgamentos e fundamentando assim, pela introdução pelas partes ou a requerimento do juiz, as decisões que serão tomadas sobre os casos.

Invocou-se no estudo sobre as provas no direito processual penal brasileiro e o respeito aos princípios processuais penais, como do *in dubio pro reo*, favor rei e presunção de inocência, a valoração das provas mediante a ocorrência de dúvida sobre a autoria criminal.

Conclui-se que a palavra da vítima no julgamento de crimes sexuais se torna das mais importantes na maioria dos casos, visto que no cometimento desses crimes, os acusados os praticam longe da presença de testemunhas ou praticam crimes que não deixam vestígios, impossibilitando a juntada de provas, como periciais, como os exames de corpo de delito.

Não havendo nenhuma outra prova que possa contrapor e embasar a defesa do acusado, o juiz pode se valer dessa palavra da vítima como atenta o STJ e STF, desde que essa esteja desacompanhada de vícios, além de ter que apresentar uma linha de estruturação quanto a conduta praticada pelo acusado, gerando no juiz a certeza da autoria do crime por este réu.

Podendo-se aplicar uma sanção penal, somente pela prova da palavra da vítima, quando a incidência do crime sexual. Entretanto, caso paire qualquer dúvida quanto a autoria criminal, a pessoa que é acusada deve ser absolvida, em face da valorização desses princípios do *in dubio pro reo*, favor rei e o reconhecimento do princípio da presunção de inocência no direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. 6.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

# ANÁLISE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER APÓS O ADVENTO DA LEI 13.104/2015.

Alessandra dos Santos Oliveira<sup>45</sup>  
Mikhaelly Mendes de Oliveira<sup>46</sup>  
João Paulo da Silva Pires<sup>47</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa tem como tema a tipificação do feminicídio no Brasil como mecanismo de erradicação da violência contra a mulher. Em um contexto histórico é possível observar que a concepção patriarcal atribui as mulheres uma posição inferior aos homens, o que as submetem a um estado de subjugação econômica e social. Dessa maneira, o feminicídio pode ser definido como a supressão da vida da mulher por motivo de ser do gênero feminino. Ademais, é inquestionável que os atos de violência perpetrados em face das mulheres ferem frontalmente os direitos humanos e a dignidade das referidas vítimas, haja visto que a dignidade humana constitui valor imaneente a pessoa e é princípio consagrado na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é importante ressaltar que o Brasil é signatário de Tratados Internacionais que visam coibir a violência presente nas relações de gênero. Como dúvida de investigação, partimos da seguinte indagação: Considerando a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que a implantação da Lei nº 13.104/2015 reduziu a violência praticada em face da mulher? O objetivo geral da pesquisa é verificar se houve redução dos índices de violência contra a mulher após a tipificação do feminicídio como circunstância qualificadora e os objetivos específicos consistem em estudar as origens da violência contra a mulher, abordar os aspectos ligados ao feminicídio e averiguar os avanços obtidos após ser sancionada a Lei nº 13.104/2015. A temática se justifica, haja visto que este é um assunto que repercute não somente no campo teórico, mas também nas searas social, política, econômica, pessoal e outras. No que se refere ao método empregado na produção do trabalho, este é realizado sob o enfoque qualitativo, se tratando de uma pesquisa descritivo-explicativa, que se baseará em pesquisa bibliográfica e documental. Assim, como resultado preliminar tem-se que a implantação da Lei nº 13.104/2015 ainda não apresentou resultados satisfatórios, tendo em vista que de acordo com o 'Monitor da Violência' do site G1 e o 'Atlas da Violência 2019' publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública há um crescente aumento nas taxas de violência contra a mulher e, por conseguinte, das taxas de feminicídio. Contudo, consideramos também os aumentos brutos dos casos de violência social e a proporcionalidade desta violência em relação aos grupos socialmente mais vulneráveis, entendendo que a Lei do Feminicídio também alterou o processo de classificação de crimes antes enquadrados em outras categorias de tipificação criminal.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos; Feminicídio; Violência.

## INTRODUÇÃO

Historicamente, o processo de inferiorização feminina é visível em todas as sociedades do mundo, uma vez que mesmo que haja diferenças no campo cultural, elas possuem em comum o padrão patriarcalista de organização social.

Nesse contexto, o Direito é utilizado como mecanismo de legitimação e continuação de um modelo social androcêntrico, em que os termos igualdade e liberdade por muito tempo existiram pelo menos em sua concepção formal.

---

<sup>45</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. alessandrasantosoliver96@gmail.com

<sup>46</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. mikhaelly01@hotmail.com

<sup>47</sup> Faculdade Evangélica de Rubiataba/ Polícia Técnico-Científica da Secretária de Segurança Pública do Estado de Goiás. paullopires@gmail.com

Sendo assim, a referida pesquisa possui como tema a tipificação do feminicídio no Brasil como mecanismo de erradicação da violência contra a mulher, visto que é preciso compreender a proporção desse problema que está enraizado na sociedade.

Cumprе salientar que o problema norteador do presente trabalho é o seguinte: considerando a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que a implantação da Lei nº 13.104/2015 reduziu a violência praticada contra a mulher?

Como hipótese, pressupomos que é visível que a inserção da figura do feminicídio como uma das circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio trouxe notoriedade a um dilema que tem se tornado presente em nosso cotidiano, colocando em voga a discussão se de fato essa modificação no artigo 121 do Código Penal brasileiro contribuiu/contribuirá para a redução da violência praticada contra a mulher.

Ressalta-se que, o objetivo geral da pesquisa é verificar se houve redução dos índices de violência contra a mulher após a tipificação do feminicídio como circunstância qualificadora. Nesse sentido, é fundamental a análise dos objetivos específicos, os quais consistem em estudar as origens da violência contra a mulher, abordar os aspectos ligados ao feminicídio e averiguar os avanços obtidos após ser sancionada a Lei nº 13.104/2015.

Este trabalho justifica-se pelo fato de repercutir na seara teórica, social, política, econômica, pessoal e outras. Ademais, é possível vislumbrar que este assunto apresenta uma ampla discussão de gênero tanto no campo acadêmico, quanto na esfera político-social.

Metodologicamente, a pesquisa será formulada com base na metodologia qualitativa, sendo esta uma pesquisa descritivo-explicativo, que também se pautará na pesquisa bibliográfica e na pesquisa documental, efetuada por intermédio da leitura de obras doutrinárias, legislações, trabalhos acadêmicos, notícias de sites e tratados internacionais.

Para que haja um resultado satisfatório será abordado no primeiro tópico acerca dos aspectos históricos correlacionados à violência contra mulher. Nessa esteira, é relevante mencionar os reflexos ocasionados pelo patriarcalismo no decorrer dos anos, bem como o papel que a mulher exerce na sociedade.

No segundo tópico será explanado sobre o feminicídio, diante disso, é necessário apontar os atributos relativos ao seu conceito, as distinções entre os termos feminicídio e femicídio (entendendo que existe uma diferenciação técnica entre eles) e a aplicação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no último tópico serão demonstrados dados relativos aos números de violência em desfavor da mulher ocorridos antes e depois da inserção da Lei nº 13.104/2015, sendo

relevante mencionar que o fato de grande parte das mulheres não noticiarem as autoridades competentes os abusos sofridos por elas dificulta na obtenção de dados precisos.

Como se percebe essa pesquisa tem como intuito delinear informações que contribuirão na compreensão sobre se de fato ocorreram mudanças com a incorporação da Lei nº 13.104/2015, ou se ela constitui apenas um simbolismo penal, pois é bem verdade que ao passo que a sociedade evolui, é necessária que a ciência jurídica acompanhe essas transformações, trazendo soluções aos casos concretos e proporcionando maior segurança jurídica frente às ceulemas do cotidiano.

## **1. ASPECTOS HISTÓRICOS CORRELACIONADOS À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

O estudo que se inicia por meio desse tópico tem como intuito apresentar os aspectos históricos correlacionados à violência contra a mulher.

Para tanto, pontua-se que a desigualdade de gênero é reconhecida como problema mundial, que advém da opressão do gênero feminino consolidada pelo domínio que os homens exercem em relação às mulheres.

Nesse sentido, Beauvoir (1970) explica que o homem, ao utilizar-se da violência para conservar-se no poder, domina tanto a mulher quanto a percepção que o outro possui de si mesmo, posto que basta agredir uma só mulher para que todas as outras se sintam vulneráveis.

No que se refere ao atual conceito de violência Muszkat (2016, p.36) o descreve como “ato de constrangimento físico ou moral pelo uso de força ou coação contra alguém; um exercício desproporcional de poder que ameaça à integridade física, emocional, religiosa, familiar ou profissional de alguém”.

Nesta perspectiva, Muszkat (2016) ratifica que na antiguidade a violência era mecanismo que impunha ordem e disciplina. Entretanto, atualmente a violência é considerada um instrumento negativo, haja vista que atinge a integridade física e mental dos indivíduos.

Quanto à conceituação de violência contra a mulher, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, também conhecida como a “Convenção de Belém do Pará”, realizada em 1994, a define em seu artigo 1 da seguinte forma:

Art. 1º Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada (OEA, 1994).

Depreende-se do texto exposto que a violência em desfavor da mulher é considerada pela Convenção uma evidente afronta à dignidade da pessoa humana, da mesma maneira que é caracterizada como uma violação aos direitos humanos e fundamentais, uma vez que limita total ou parcialmente a liberdade das mulheres, assim como extermina seus direitos.

Considerando as informações anteriormente mencionadas, entende-se que a violência contra a mulher, é uma violência de gênero que faz vítima não somente o ser biologicamente feminino, mas também pessoas que tomam para si papéis de gênero tidos como femininos. Qualquer mulher pode estar sujeita a este tipo de violência, a qual não é apenas física, mas também intrafamiliar, doméstica, psicológica, moral, sexual, institucional, patrimonial e, em casos mais extremos aquelas em que afetam a sua vida, como por exemplo, o feminicídio e o femicídio.

A par disso, Jesus (2015) em suas lições obtempera que as Nações Unidas realizaram no ano de 1993 a Conferência Mundial de Direitos Humanos, a qual reconheceu a violência em face da mulher como uma barreira a paz e a igualdade dos seres humanos.

Conforme elucida Jesus (2015, p.08) “a violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo”.

Assim, é importante destacar que a discriminação e a violência perpetradas em desfavor da mulher não é um problema que surgiu na atualidade, sendo decorrente da cultura machista, a qual ainda possui reflexos na sociedade.

Dessa maneira, Lima (2013, p. 27) declara “Até meados do século passado a violência contra a mulher é uma manifestação das relações de dominação do homem sobre a mulher, que a legislação de cada Estado tolerava”.

Denota-se que o homem exercia o pátrio poder sobre os filhos e a esposa, tendo o pleno direito de administrar o patrimônio familiar, já que o domínio masculino era considerado algo natural e verdadeiro (LIMA, 2013).

Cumprir pontuar, que até mesmo as legislações vigentes naquele período se restringiam em elevar a superioridade do homem. À guisa de exemplo, Lima (2013) informa que a infidelidade proveniente da mulher era caracterizada um ato atentatório aos direitos do homem, de modo que lhe era conferido o direito de ameaçar e até mesmo retirar a vida de sua companheira, sem o risco de ser punido pelo crime de homicídio, pois era comum ser considerada como causa de exclusão do delito a atenuante de ciúmes, sob o fundamento de que ele a “matou por amor”.

Em outras palavras, embora, seguindo o mesmo entendimento, Muszkat (2016, p. 72) esclarece:

Durante milênios, os homens foram estimulados a considerar as mulheres como seres inferiores a eles. Bater em mulheres sempre representou um direito do homem, estabelecido pela cultura do patriarcado, e as leis referentes a essas práticas faziam, naturalmente, eco a essa cultura que julgava que mulheres, assim como crianças e escravos, deviam ser disciplinadas e tuteladas pelos homens por meio da punição corporal.

Ademais, Muszkat (2016) acrescenta que durante a vigência das ordenações filipinas, ao homem era dada a legitimidade de castigar as mulheres, inclusive, de tirar-lhes a vida caso houvesse suspeita de adultério.

Como se pode notar, a dominação do masculino em detrimento do feminino é primitiva e possui reflexos em variados âmbitos e estruturas sociais, sendo o motivo pelo qual se estabelece os papéis que homens e mulheres devem desempenhar.

Contudo, a emergência do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro fez com que surgissem normas jurídicas, com o objetivo de assegurar a igualdade entre homens e mulheres. Diante disso, com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada de 1962 e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a mulher deixou de ser considerada civilmente incapaz (MUSZKAT, 2016).

Não obstante, conforme explana Madaleno (2018, p.98) ainda “Prosseguem as desigualdades entre o homem e a mulher, numa sutil e silenciosa opressão, transitando impune, por todos os níveis sociais e econômicos”. Por conseguinte, o mesmo autor ainda assevera:

Embora a Carta Política pregue a suprema proteção dos valores humanos, sob o enfoque da prevalência da dignidade da pessoa e por conta de cujo princípio sobressaia como incontestável fato natural a igualdade jurídica do homem e da mulher, ainda pende o modelo cultural de dominação masculina dentro da sociedade afetiva e ainda pende o modelo de discriminação etária no núcleo familiar.

Em assonância com a lição sempre precisa de Dias (2016) a violência psicológica também é um ponto relevante a ser discutido, visto que é caracterizada como a negligência, a agressão emocional, que muitas vezes podem ocasionar um dano maior do que uma agressão física. Mediante essa concepção a autora ainda anuncia “São agressões que afetam a alma e deixam cicatrizes invisíveis aos olhos, mas que comprometem o desenvolvimento sadio e a formação psíquica das vítimas”.

Em virtude dessas considerações, denota-se que o estudo acerca dos aspectos históricos correlacionados à violência contra a mulher, nos deixa claro que vivenciamos em uma sociedade

cujos valores machistas predominam e que devido o processo patriarcal de socialização, homens e mulheres são impelidos a ditarem lugares de poder, de superioridade e inferioridade, ou seja, reproduzimos até mesmo inconscientemente os padrões machistas e de forma equivocada estabelecemos os papéis que homens e mulheres devem ocupar na sociedade. Sendo assim, no tópico seguinte a abordagem estará voltada as noções gerais acerca do feminicídio, aspecto este fundamental para desvendarmos se com a implementação da Lei nº 13.104/2015 houve redução da violência em face da mulher.

## **2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FEMINICÍDIO**

No tópico anterior foram discutidos os aspectos históricos correlacionados à violência contra a mulher, não contrário a isso, no presente item, a análise terá como alicerce o estudo do feminicídio. Nesse sentido, serão exibidas as noções conceituais do assunto, bem como as suas principais características.

Feitas essas considerações iniciais, Jesus (2015, p. 13) informa “entender-se-á por femicídio o assassinato de mulheres por razões associadas ao seu gênero (sua condição de mulher)”. Ademais, esclarece que o termo femicídio é recente e foi empregado pela primeira vez por Radford e Russell, durante um discurso no Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres que ocorreu em Bruxelas em 1976. Na ocasião, estavam presentes cerca de duas mil mulheres, vindas de diversos países, com o objetivo de compartilharem experiências e denunciarem os abusos sofridos por elas.

Por conseguinte, Masson (2018, p.73) define feminicídio como “Homicídio doloso cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”.

De acordo com a visão de Salim e Azevedo (2017, p.56) “O feminicídio é conhecido como assassinato de mulher em razão da sua condição de mulher ou homicídio relacionado a gênero. O feminicídio tem se demonstrado como o último ato de dominação e controle da mulher pelo homem”.

Para tanto, Salim e Azevedo (2017, p.56) ainda tecem as seguintes considerações: “Muitas vezes, depois de a mulher já ter passado por humilhação, aniquilamento de sua dignidade, contínuo sofrimento físico e moral, o homem protagoniza a barbaridade final com o ato de ceifar a vida alheia por razões da condição de sexo feminino”.

Além disso, Jesus (2015, p. 14) informa “O conceito de femicídio ajuda a desarticular os argumentos de que a violência baseada na inequidade de gênero é um assunto privado e mostra seu caráter social, produto das relações de poder entre os homens e as mulheres”.

Um quesito que merece atenção é que, embora, muitas pessoas utilizem como sinônimas as expressões feminicídio e femicídio, elas possuem significativas distinções. Assim, Masson (2018, p.73) esclarece:

Feminicídio e femicídio não se confundem. Ambos caracterizam homicídio, mas, enquanto aquele se baseia em razões da condição de sexo feminino, este consiste em qualquer homicídio contra a mulher. Exemplificativamente, se uma mulher matar outra mulher no contexto de uma briga de trânsito, estará configurado o femicídio, mas não o feminicídio.

Convém salientar que não somente o Brasil, mas também a comunidade internacional tem demonstrado preocupação com os reflexos, que tanto a violência doméstica, quanto o feminicídio tem provocado na sociedade.

Com isso Nucci (2019) preleciona que em diversas regiões do mundo a mulher é considerada um ser inferior, sendo violentada e até mesmo morta por motivos de costumes, tradições ou regras que ferem frontalmente os direitos humanos e fundamentais. O autor indica que o preceito estabelecido na Constituição Federal brasileira de que todos são iguais perante a lei não foi suficiente para impedir que as mulheres continuassem sofrendo nos seus lares os mais variados tipos de violências físicas e psicológicas. Ademais, ele ainda informa que a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foi formulada com a finalidade de tutelar de uma maneira mais eficiente as relações domésticas e familiares.

Verifica-se que o feminicídio não estava consignado na Lei 11.340/2006. Nesse sentido Masson (2018, p.74) diz que “A violência doméstica e familiar contra a mulher, indiscutivelmente uma violação dos direitos humanos, encontra-se definida no art. 5.º da Lei 11.340/2006”:

Art. 5.º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

No que diz respeito à Lei 13.104/2015, ela prevê que para caracterizar o feminicídio não é preciso que haja a violência doméstica e familiar, necessitando tão somente que a violência seja doméstica ou familiar. Sendo assim, Masson (2018, p.74) apresenta a seguinte interpretação

“O reconhecimento da violência doméstica ou familiar contra a mulher não é suficiente para a configuração do feminicídio”. Por conseguinte, o doutrinador clarifica que para caracterizar o feminicídio, é necessário que o delito tenha sido praticado em razão da condição do sexo feminino da vítima e a partir disso resulte a violência doméstica ou familiar.

Em se tratando da natureza jurídica da qualificadora Masson (2018, p.75) alude “O feminicídio constitui-se em circunstância pessoal ou subjetiva, pois diz respeito à motivação do agente. O homicídio é cometido por razões de condição de sexo feminino. Não há nenhuma ligação com os meios ou modos de execução do delito”.

Quanto aos sujeitos do delito, Masson (2018) explica que trata-se de crime comum, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa. Já o sujeito passivo deve ser necessariamente uma mulher.

A despeito das causas de aumento da pena, elas estão previstas no artigo 121,§ 7º, do Código Penal, isto é, quando o crime é praticado durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto, praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental, na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima, e por fim, em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (BRASIL, 1940; 2006).

Vale lembrar que o feminicídio pode ser dividido em três categorias. Sendo assim, Greco (2017, p.76) as distingue da seguinte forma:

Por feminicídio íntimo entende aquele cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins. O feminicídio não íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência. O feminicídio por conexão é aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na ‘linha de tiro’ de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na aberratio ictus.

Como se pode notar é extremamente relevante a estratificação do feminicídio em categorias, a fim de que se compreenda a origem do vínculo entre a vítima e o acusado.

A vista disso é explícito que os movimentos feministas tiveram um papel fundamental na conscientização da comunidade internacional que conseqüentemente adotou medidas para reconhecer os direitos das mulheres como direitos humanos. Nesse prisma, verifica-se a presença de alguns marcos normativos internacionais que contribuíram no sentido de dar garantias de igualdade formal e dignidade ao sexo feminino em detrimento ao masculino, algo que foi negado as mulheres desde a antiguidade.

Posta assim a questão, pondera-se que a Carta das Nações Unidas foi um documento decisivo na luta pela igualdade em esfera de tratado internacional, posto que gerou os pressupostos para o entendimento de que discriminações de raça/etnia, sexo, religião, dentre outras, atentavam contra os direitos fundamentais à dignidade humana (ONU, 1948).

A Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher de 1979 foi ratificada no Brasil em 1994, adotando seu protocolo facultativo em 2002. Dessa maneira ressalta-se o artigo 1º da referida Convenção, que traz a seguinte previsão legal:

Art. 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão —discriminação contra a mulher significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo (ONU, 1979).

Infere-se do texto exposto que o principal intuito dessa Convenção é demonstrar os impactos da discriminação existente na sociedade, bem como fazer recomendações aos Estados-parte para que adote medidas que amenize o problema da violência contra a mulher.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994) por sua vez, além de abordar sobre a violência contra a mulher, declarou os direitos e estabeleceu os deveres que os Estados-parte devem observar (OEA, 1994).

Por fim, a Conferência Mundial Sobre a Mulher de 1995 apresentou um rol extensivo de possíveis providências efetivas no combate a violência em face da mulher.

Ao ensejo da conclusão deste item foi possível vislumbrar que as discussões sobre o feminicídio e a instrumentalização de dispositivos nacionais e internacionais constituíram marcos importantes para o reconhecimento e a proteção dos direitos das mulheres, sendo assim, no próximo tópico serão analisados os resultados obtidos após o advento da Lei nº 13.104/2015, ou seja, se de fato houve a redução da mortalidade de mulheres ou se a qualificadora é apenas um simbolismo penal.

### **3. NÚMEROS DE VIOLÊNCIA EM DESFAVOR DA MULHER DEPOIS DA INSERÇÃO DA LEI Nº 13.104/15**

A violência contra a mulher não é algo novo, mas sim um fato que se perpetuou desde a antiguidade, estabelecida por uma sociedade machista onde a mulher é culturalmente considerada

um ser humano submisso aos desígnios dos homens. Essa violência perpassa desde as agressões físicas, sexuais e psicológicas até a supressão de direitos a elas inerente.

Entretanto, ao longo dos anos as mulheres vêm ganhando destaque na luta pelo reconhecimento de seus direitos. Apesar disso, nada foi capaz de erradicar a violência contra elas, tornando-se, por sua vez, um problema social.

A despeito disso, o Brasil vem adotando meios com o intuito de combater a violência contra as mulheres. No ano de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha, que dispõe sobre a criação de novos juizados, assim como a instauração de medidas protetivas. Não obstante, em 2015, a então presidente da república sancionou a Lei 13.104, a lei do feminicídio que prevê o homicídio contra a mulher por razão de gênero como circunstância qualificadora, além da inclusão do crime no rol dos crimes hediondos.

Assim, o estudo que se inicia através desse tópico objetiva demonstrar a efetividade da Lei 13.104/2015 que instituiu o feminicídio como uma resposta penal de forma a endurecer a aplicação da lei e conseqüentemente diminuir o índice de mortalidade entre as mulheres.

Apesar de possuir uma temática restritiva, tendo em vista à cultura hierarquicamente machista, a discussão acerca do feminicídio vem tomando novos horizontes ao passo de que o número de mulheres mortas vem crescendo significativamente ao longo dos anos.

Contudo, sabe-se que os números a serem apresentados não possuem exatidão absoluta em relação à violência sofrida pelas mulheres, à medida que, muitas vítimas são ameaçadas o que por sua vez as impedem de denunciarem as agressões e os abusos sofridos por elas.

Deste modo, mesmo diante de uma evolução legislativa em relação à criação de mecanismos para que haja a diminuição da violência contra a mulher grande parte ainda encontram dificuldades de denunciarem seus agressores devido a possíveis retaliações a que poderão ser submetidas. Partindo dessa lógica, convém extrair trechos do Mapa da Violência Contra a Mulher de 2018:

Dados do presente levantamento apontam que 15.925 mulheres foram assassinadas em situação de violência doméstica. Esses dados mostram uma diferença significativa quando comparados com as informações de órgãos de Segurança Pública. A imprensa noticia 3,8 vezes mais feminicídios do que o registro policial. Muito disso deve-se ao processo de determinação em cada esfera. [...] Cerca de 6,7% das vítimas de feminicídio possuíam menos de 18 anos de idade. A maioria (90,8%) das mulheres assassinadas nessa condição tinham entre 18 e 59 anos de idade. As idosas foram vítimas de feminicídio em 6,7% dos casos noticiados pela imprensa brasileira entre janeiro e novembro de 2018. Pela natureza do crime, a maioria dos assassinos dessas mulheres são seus companheiros, ex-companheiros, namorados e esposos. Eles representam 95,2% dos algozes. Já os parentes, em especial os pais, avós, irmãos e tios representam cerca de 4,8% dos responsáveis pelos feminicídios.

Diante desses dados, é possível afirmar que grande parte das mortes envolvendo a violência contra as mulheres estão interligadas aos seus relacionamentos abusivos. Onde na maioria das vezes, essa espécie de relacionamento começa a se desencadear a partir do momento em que o homem vai se impondo contra a mulher de forma a intimidá-la, fazendo com que esta fique com medo e não denuncie as atitudes de violência, que em sua grande maioria começam muito antes do estágio final do feminicídio.

Segundo o Atlas da Violência de 2019, publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 2007 e 2017 houve um aumento expressivo de 30,7% na taxa de homicídio entre mulheres. Somente no ano de 2017, o aumento registrado foi de 6,3% (CERQUEIRA et al., 2019). Ainda segundo o Atlas, tem-se que:

Possivelmente, a redução de homicídios de mulheres fora da residência esteja refletindo a diminuição gradativa da violência geral que tem se expandido cada vez mais para um maior número de unidades federativas. Por outro lado, o crescimento dos casos que ocorrem dentro das residências deve ser reflexo do aumento de casos de feminicídios, efetivamente. Note-se ainda que o crescimento mais acentuado nos últimos dez anos tem sido na taxa de homicídios dentro das residências, com o uso da arma de fogo, que cresceu 29,8%. (CERQUEIRA, et al , 2019, p.40).

Sob a análise desses números, observa-se que o fato de grande parte dos homens possuírem armas de fogo no interior de suas residências tem propiciado uma grande preocupação social no país, uma vez que as taxas de utilização desses artifícios na prática do crime de feminicídio têm crescido gradativamente.

Ainda, cabe destacar o trabalho da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher que publicou uma notícia na data de 28/02/2019 pela Câmara dos Deputados onde apresentou o estudo feito em mais de 140.191 notícias vinculadas à imprensa relacionadas à violência e por sua vez constataram que em 68.811 há a incidência da violência contra a mulher. Segundo a matéria, esses casos de violências podem ser divididos em grandes cinco categorias “importunação sexual, violência online, estupro, feminicídio e violência doméstica” (BITTAR, 2019).

Por conseguinte, a Fundação Perseu Abramo (2001) realizou uma pesquisa, abordando sobre a violência vivenciada pelas mulheres, na ocasião, cerca de 30% das brasileiras que foram entrevistadas noticiaram já terem sofrido alguma espécie de violência física. No que se refere à ameaça da liberdade por meio do uso de arma de fogo, 24% das mulheres informaram que já vivenciaram esse tipo de violência. Ademais, as agressões físicas somaram 22% e o estupro conjugal ou abuso sexual 13%%. No total, 27% relataram já terem sido vítimas de violência psíquica e 11% afirmaram terem sofrido assédio sexual.

No ano de 2010, a Fundação anteriormente mencionada ampliou a pesquisa realizada no ano de 2001, chegando à conclusão de que ao serem indagadas se já haviam sido submetidas por alguma espécie de violência por parte de homens conhecidos ou não, 19% das mulheres entrevistadas responderam de forma afirmativa. Além disso, ao ser mostrado um rol que incluía vinte modalidades de violência, 2 em cada 5 mulheres (40%) afirmaram já terem sido vítimas, por pelo menos uma vez durante a vida, de alguma intimidação, opressão ou tentativa de controle (24%), de violência psíquica ou verbal (23%) e de ameaças ou violência física propriamente dita (24%).

É relevante destacar que o IBGE no ano de 2013, juntamente com o Ministério da Saúde, elaborou uma pesquisa que abarcou o Brasil inteiro, o intuito desse trabalho era analisar quais modalidades de violência os (as) entrevistados (as) teriam sido sujeitos (as) no ano anterior, assim como quem as havia praticado. Apurou-se que aproximadamente 3,7 milhões de pessoas com 18 anos ou mais já foram vítimas de agressão por parte de alguém que conhecia o que em números equivale a 2,5% da população nesta faixa etária, Não obstante, em comparação aos gêneros das vítimas, verifica-se que 2,4 milhões eram do sexo feminino, o que é praticamente quase o dobro dos índices do sexo masculino, ou seja, 1,3 milhões.

O Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde (198-2013 p.11) registrou 106.093 casos de homicídios dos quais as vítimas eram mulheres.

Comparando os índices de homicídio, vislumbra-se que no ano de 1980 a taxa era de 2,3 por cada 100 mil mulheres, já no ano de 2013 essa taxa alcançou o percentual de 4,8 por cada 100 mil mulheres. Sendo assim, é possível afirmar que no ano de 2013, 13 mulheres foram assassinadas todos os dias no Brasil, sendo que pelo menos 7 foram vítimas do feminicídio.

Inadequado seria não mencionar que o Brasil é considerado um dos cinco países mais violentos do mundo. No que tange a violência contra as mulheres em 2014 foram computados aproximadamente 4,6 homicídios a cada 100 mil mulheres, em 2015 esses números caíram para 4,4.

O UNODC (Escritório das Nações Unidas para Crime e Drogas) no mês de novembro de 2018 informou que a taxa de feminicídio no mundo foi de 1,3 mortes para cada 100 mil mulheres em 2017. No Brasil o índice é 4 mulheres mortas para cada grupo de 100 mil mulheres, 74% superior à média mundial, em 2018.

No mês de março de 2019 a Lei 13.104/15 totalizou quatro anos. Cumpre ressaltar, todavia, que as taxas de feminicídio aumentaram de forma exponencial alcançando o percentual de 4,4, no ano de 2018 estando mais alta do que no ano de 2006 que era de 4,2, e datava a entrada em vigor da Lei Maria da Penha.

Segundo apontamentos do doutor Jefferson Nascimento só no mês de janeiro do ano de 2019, foi relatado mais de 100 casos de feminicídio no Brasil.

Cumprido salientar que apesar do endurecimento das penas com a vigência da Lei 13.104/2015, os casos de violência contra as mulheres estão expandindo ano após ano.

Sendo assim, pode-se concluir que não houve uma melhora significativa em relação à diminuição dos números de violência contra a mulher após a vigência da Lei 13.104/2015. Entretanto, é importante destacar que com o surgimento da Lei Maria da Penha e, por conseguinte, do Feminicídio esse problema deixa de ser invisível pela sociedade o que serve de incentivo para as mulheres noticiarem os casos em que são vítimas, de forma que com o levantamento de dados seja possível realizar um estudo de políticas e medidas que sejam capazes de prevenir e erradicar a violência contra as mulheres.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face do exposto, vislumbra-se que os capítulos construídos no decorrer da pesquisa foram decisivos para a solução da problemática inicialmente apresentada.

Nessa direção, no primeiro item a abordagem esteve centralizada nos apontamentos de cunhos históricos e sociais, destacando as origens da subordinação das mulheres em detrimento aos homens, ademais, a construção da concepção de que a mulher é inferior ao homem ocasionou a aceitação de que os atos de violência sofridos pela classe feminina é algo natural.

Em seguida, a discussão foi sobre os aspectos relacionados ao feminicídio, nesse momento foram explanados acerca dos principais pontos desse fenômeno que vem cada dia mais ganhando repercussão na seara social, tendo em vista que o feminicídio constitui a categoria extrema de violência contra a mulher.

Um ponto relevante no estudo dessa matéria diz respeito aos marcos normativos nacionais e internacionais que buscaram garantir os direitos das mulheres e erradicar a violência de gênero, sendo expostos os pontos mais importantes das convenções adotadas no Brasil, bem como as causas motivadoras da tipificação da qualificadora do feminicídio no Código Penal.

Por conseguinte, verifica-se que os movimentos feministas foram fundamentais na conscientização da comunidade internacional que em decorrência adotou medidas para que os direitos das mulheres fossem reconhecidos como direitos humanos.

Por último foram apresentados dados estatísticos, a fim de comprovar os resultados obtidos após a Lei nº 13.104/2015. Nesse sentido, foram avaliados vários sites que apresentavam essas pesquisas, a exemplo disso, destaca-se o ‘Monitor da Violência’ do site G1 e o ‘Atlas da

Violência 2019' publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, bem como o trabalho da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde, a Fundação Perseu Abramo, o IBGE e o UNODC. Destaca-se, portanto, por intermédio dos estudos realizados que até o momento não houve redução nem nas taxas de violência, tão pouco nas taxas de feminicídio, sendo necessário que sejam adotadas medidas complementares com o fito de concretizar a proteção a este grupo socialmente vulnerável. Não obstante, é preciso reconhecer que a implantação da Lei nº 13.104/2015 não é simplesmente um simbolismo penal, pois se trata de mecanismo de defesa e proteção apto de ocasionar políticas públicas efetivas no combate à violência de gênero.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: Entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. Trad. Ana Lucia Sabadelli. **Fasc. de Ciênc. Penais**, Porto Alegre, v. 6, 1993, p. 51-52. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/368958579/1993-Alessandro-Baratta-Direitos-humanos-entre-a-violencia-estrutural-e-a-violencia-penal-pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Feminicídio**. Impetus, 13 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BEAUVOIR, Simone. **O Segundo Sexo: Fatos e Mitos**. 4. ed. Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BIANCHINI, Alice. **Lei N.11.340/2006: Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: Entenda as Questões Controvertidas da Lei 13.104/2015**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/>>. Acesso em: 12 jul. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Homicídio Discriminatório por Razões de Gênero**.

Disponível em: <<http://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-homicidio-discriminatorio-por-raoes-de-genero>>Acessado em: 28 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão da mulher faz levantamento de casos de violência que viraram notícia**. 28 mar. 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/573064-COMISSAO-DA-MULHER-FAZ-LEVANTAMENTO-DE-CASOS-DE-VIOLENCIA-QUE-VIRARAM-NOTICIA.html>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mapa da violência contra a mulher 2018**. Disponível em: <[https://pt.org.br/wp-content/uploads/2019/02/mapa-da-violencia\\_pagina-cmulher-compactado.pdf](https://pt.org.br/wp-content/uploads/2019/02/mapa-da-violencia_pagina-cmulher-compactado.pdf)>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 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 out. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de Março de 2015. **Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos**. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113104.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2019**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada, 2019. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019\\_05jun\\_vers%C3%A3o-coletiva.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atlas-da-Violencia-2019_05jun_vers%C3%A3o-coletiva.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HELKER, Meregildo. **Da Violência Doméstica Fatal contra a Mulher: Evolução e Tipificação**. Mon. UNIR. Cacoal-RO, 2016.

HOCHMÜLLER, Mariele de Almeida. **Reflexos da Violência de Gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um Estudo do caso Campo Algodoeiro**. Mon. UFSC. Florianópolis-SC, 2014.

JESUS, Damásio de. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAZARI, Joana Sueli de. Inferioridade Feminina: o (des)enredo da violência. **Revista de Ciências Humanas**, vol. 7, no 10, ano 1991.

LIMA, Amanda Gabriela Gomes. Uma Breve Análise do Feminicídio como Qualificadora Penal sob a Perspectiva de uma Criminologia Feminista. **I Encontro de Pesquisas Judiciárias: Poder Judiciário: estrutura, desafios e concretização de direitos**. Disponível em: <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/176/21>> Acessado em: 05 out. 2019.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência Contra a Mulher**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. 11. ed. São Paulo: Método, 2018.

MUSZKAT, Malvina; MUSZKAT, Susana. **Violência Familiar**. São Paulo: Blucher, 2018.

NABUCO FILHO, José. Feminicídio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu**. no 03, ano 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUNES, Elaine et al. **Feminicídio: Influência do contexto Sócio-Histórico**. S.n.t. Disponível <<http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1127/1/Feminic%C3%ADdio%20-%20Influ%C3%Aancia%20do%20Contexto%20S%C3%B3cio-Hist%C3%B3rico.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2019.

OLIVEIRA, Ana Carolina. Gondim de. A; COSTA, Mônica Josy Souza; SOUZA, Eduardo Sérgio Soares. **Feminicídio e Violência de Gênero: Aspectos Sociojurídicos**. **Revista Online do CESED – Centro de Ensino Superior e Desenvolvimento**. Vol. 16, no 24/25, dez. 2015.

OLIVEIRA, Roberta de Gusmão; SANTOS, Marta Thais Leite dos. **A Constitucionalidade do Projeto de Lei no 292/2013 – “Feminicídio”, versus a Igualdade de Gênero Proposta pelo Art. 5o, I da Constituição Federal**. **18o Encontro Internacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos sobre Mulher e Relações de Gênero - Perspectivas Feministas de Gênero: Desafios no Campo da Militância e das Práticas**, ano 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”**. Belém: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

ONU. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Resolução 217 A (III). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Mulheres. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. S.I.: ONU Mulheres, 1979. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Mulheres. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher**. Pequim: ONU Mulheres, 1995. Disponível em: <[http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2015/03/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2019.

PINAFI, Tânia. **Violência Contra a Mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade**. **Revista Histórica**. São Paulo: nos 21, abr/mai. De 2007. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>> Acesso em: 05 mai. 2019.

SALIM, Alexandre; Azevedo, Marcelo André de. **Direito Penal**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

SEIXAS, Maria Rita D'Angelo; DIAS, Maria Luiza. **A violência doméstica e a cultura da paz**. São Paulo: Roca, 2013.

VELASCO, Cláudia et al. **Monitor da Violência**. G1, 07 mar. 2018. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/feminicidios-no-brasil/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

VELOSO, Adriano Arruda et al. **A constante violência contra a mulher na sociedade brasileira.** S.n.t. Disponível em:  
<[https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1638/1/979248731-334\\_Adriano\\_Arruda\\_Veloso\\_Dep%c3%b3sito\\_final\\_13447\\_1154847563.pdf](https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1638/1/979248731-334_Adriano_Arruda_Veloso_Dep%c3%b3sito_final_13447_1154847563.pdf)>. Acesso em 08 ago. 2019.

# CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE FRENTE À GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Alessandra dos Santos Oliveira<sup>48</sup>  
João Paulo da Silva Pires<sup>49</sup>  
Mikhaelly Mendes de Oliveira<sup>50</sup>

## RESUMO

O objetivo desta pesquisa é verificar a maneira que será caracterizado o vínculo de maternidade, em hipótese de gestação por substituição. Cumpre ressaltar, que o método empregado nesta pesquisa é o dialético, nessa perspectiva há uma pretensão em apresentar os pontos de vistas divergentes que permeiam em torno do conflito positivo de maternidade e da caracterização do vínculo parental. Diante disso, para a execução da pesquisa dialética serão utilizados livros, artigos científicos e monografias que trazem uma abordagem sobre o assunto. Quanto aos objetivos, aplicar-se-á o método descritivo que é aquele que se fundamenta nas especificações dos dados apresentados com a mínima interferência possível. O método descritivo será desenvolvido nessa pesquisa sob o enfoque bibliográfico e documental onde se fará a leitura de obras doutrinárias, enunciados jurisprudenciais e legislações como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código Civil brasileiro de 2002, bem como da Resolução de Medicina nº. 2.168/2017. No que se refere aos resultados obtidos, verifica-se que é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, devendo esse ser preservado em contraposição ao interesse dos genitores.

**Palavras-chave:** Maternidade. Gestação por substituição. Melhor interesse da criança.

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema os conflitos positivos advindos da gestação por substituição. Através desse estudo, pretende-se averiguar a maneira que será caracterizado o vínculo parental, bem como a solução jurídica viável nas hipóteses de conflito positivo de maternidade.

Impende observar que a problemática do trabalho infere-se no sentido de trazer uma resposta plausível para a seguinte indagação: considerando a modernização das técnicas de reprodução humana assistida, no caso de gestação por substituição, sobrevivendo litígio, o vínculo

---

<sup>48</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. *alessandrasantosoliver96@gmail.com*.

<sup>49</sup> Faculdade Evangélica de Rubiataba/ Polícia Técnico-Científica da Secretária de Segurança Pública do Estado de Goiás. *paullopires@gmail.com*.

<sup>50</sup> Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. *mikhaelly01@hotmail.com*.

de maternidade subsistirá, em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou?

Nesta perspectiva, analisando as hipóteses possíveis conclui que será considerada genitora aquela que cedeu o material genético, tendo em vista que somente a impossibilidade de gestar não é obstáculo para a constituição da relação de parentesco. Não obstante, existem entendimentos de que mãe é aquela que gestou, vivenciando as etapas da concepção, obtendo laços socioafetivos em relação à criança, pelo fato de ter suportado todos os incômodos advindos da gestação.

Convém ressaltar, que o objetivo geral da pesquisa é verificar como será caracterizado o vínculo de maternidade, em hipótese de gestação por substituição. Nesse sentido, é fundamental a análise dos objetivos específicos, os quais consistem em estudar os aspectos ligados a filiação, abordar as possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida e averiguar a solução jurídica viável para o conflito positivo de maternidade.

A temática se justifica, pois este trabalho enfatiza a evolução do direito de família no campo que retrata a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. Destacando-se nesse ângulo a gestação por substituição popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Dessa maneira, esse estudo servirá de estímulo para a construção de novas investigações, haja vista que este é um assunto que atua não somente no campo teórico, mas também no social, pessoal, moral ético e religioso.

No que se refere ao método empregado na produção do trabalho, este é realizado sob o enfoque bibliográfico e documental, efetuados por intermédio da leitura de enunciados jurisprudenciais, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do Código Civil brasileiro de 2002, artigos científicos, monografias e livros escritos por renomados doutrinadores que discutem acerca da gestação por substituição. Cumpre salientar, que as informações serão obtidas em bibliotecas e em recursos informatizados das bases eletrônicas de dados.

Por fim, como se verá adiante, essa pesquisa tem como intuito delinear informações que contribuirão para preencher as lacunas existentes no ordenamento jurídico, no que concerne a gestação por substituição. É bem verdade que ao passo que a sociedade evolui, é necessária que a ciência jurídica acompanhe essas transformações, trazendo soluções aos casos concretos e proporcionando uma maior segurança jurídica frente às celeumas do cotidiano.

#### **4. ASPECTOS GERAIS CORRELACIONADOS À FILIAÇÃO**

O estudo que se inicia por meio desse tópico tem como intuito apresentar os aspectos gerais correlacionados à filiação. Dessa maneira, pretende-se averiguar as principais mutações que transcorreram no direito de família no decorrer dos anos.

Levando-se em consideração, as informações anteriormente mencionadas, cumpre observar, preliminarmente, as transformações vivenciadas pelo direito. Algumas décadas anteriores a única maneira aceitável pela sociedade para se constituir uma família era por intermédio do casamento. Com isso vale ressaltar, que este foi um período marcado pelo preconceito e pela discriminação, tendo em vista que até mesmo as legislações existentes se restringiam em catalogar os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados.

Como se pode notar, a situação conjugal dos pais trazia reflexos na identificação dos filhos, pois a sociedade disseminava o lema da necessidade da preservação do núcleo familiar. Desse modo, Dias (2016, p.654) explica que “O nascimento de filho fora do casamento colocava-o em uma situação marginalizada para garantir a paz social do lar formado pelo casamento do pai. Prevaleciam os interesses da instituição matrimônio”.

Contudo, a emergência do aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro, fez com que surgissem normas jurídicas, com o objetivo de assegurar a igualdade entre os filhos. Nesse sentido, tanto a CRFB/1988, quanto o Código Civil de 2002, consagraram inúmeros dispositivos que vedam a caracterização discriminatória no tocante aos filhos gerados fora do casamento, como explica Gonçalves (2017, p.409) “Hoje, todavia, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações”.

No que se refere ao atual conceito de filiação Fujita (2011, p.11) o descreve como: “Um vínculo que une alguém ao fruto de sua reprodução entre os filhos e os pais, pela visão daqueles. É o elo unindo uma criança e sua mãe, ou uma criança e de seu pai e que é mais ou menos dependente do fato biológico”.

Em outras palavras, embora, seguindo o mesmo entendimento, Tartuce (2017, p.248) afirma que “A filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau”.

Por sua vez, Venosa (2017) ratifica que a filiação é um fato que produz efeitos no âmbito jurídico, reafirmando o entendimento de que ela exprime a relação entre pais e filhos, abarcando, tanto os filhos que foram gerados, quanto àqueles que foram adotados.

Em virtude dessas considerações, denota-se que o avanço da sociedade, o conceito e o significado do termo filiação foram reestruturados. Verifica-se, que o legislador foi empático ao perceber que as normas jurídicas devem estar em consonância com os fenômenos sociais. Nesta

perspectiva, observada a relevância do mencionado tema, este tópico contribuiu para compreensão geral do assunto. Nessa ótica os tópicos que se sucedem têm como objetivo apresentarem peculiaridades que abrangem a filiação biológica e socioafetiva.

## **1.2 ANÁLISE DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA**

No tópico anterior foram discutidos os aspectos gerais correlacionados a filiação desse modo, foi apresentada a evolução histórica do direito de família, assim como o atual conceito de filiação.

Como se pode notar, a evolução da ciência e da tecnologia genética ocasionou a relativização de inúmeras concepções consolidadas na sociedade. Nesse desígnio, necessário se faz apontar os reflexos que essas mudanças trouxeram no direito de família e principalmente, no reconhecimento da filiação.

Feitas essas considerações iniciais, Fujita (2011, p.11) esclarece que o termo filiação “Tem sua origem etimológica no vocábulo latino *filiatio*, que possui o significado de descendência de pais a filhos”. Diante disso, Fujita (2011, p. 65) ainda complementa que a “Filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”.

Assim, para Dias (2016) mesmo que haja a comprovação do vínculo constituído pela convivência, isso de forma alguma exclui a possibilidade da investigação e da consolidação do vínculo biológico, tendo em vista que a busca pela paternidade biológica constitui um direito da personalidade.

Para tanto, Fujita (2011, p.65) argumenta que “A filiação resultante da reprodução humana natural ou carnal é aquela que envolve uma relação sexual entre um homem e uma mulher com a conseqüente concepção, pouco importando a sua origem”. Em virtude dessas considerações, o autor deixa claro que pouco importa se essa concepção ocorreu dentro de um matrimônio, ou fora do matrimônio, se a relação era entre noivos, namorados, ou até mesmo “ficantes”, o que interessa nesse caso é a gravidez e o conseqüente nascimento da criança.

Com efeito, pontua-se que para Fujita (2011, p.65) “Esse liame de sangue pode se fazer presente por meio da reprodução natural ou carnal ou pelas várias técnicas de reprodução humana assistida”. Ademais, convém ponderar, que essas técnicas são essenciais para a concretização do sonho de muitas famílias ou mulheres que estão incapacitadas de procriarem por possuírem alguma anomalia.

Como se depreende das lições de Dias (2016) ainda existe impregnado no nosso meio social a busca pela verdade real, no que se refere à filiação biológica. Diante disso, observa-se que com a possibilidade da utilização do exame de DNA, como instrumento comprobatório do vínculo sanguíneo houve uma crescente demanda judicial, na procura dessa possível verdade real.

Embora, ainda haja uma grande valorização dos aspectos biológicos na determinação da filiação, é indiscutível que este item trouxe como principal resultado a compreensão de que a ciência e tecnologia genética suscitaram a ampliação do conceito de filiação biológica. Convém ressaltar, que a filiação obtida por laços sanguíneos não é a única modalidade estudada no direito de família, com base nisso, no tópico que se segue, serão apresentados os principais aspectos ligados a filiação socioafetiva.

### **A. ANÁLISE DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA**

No tópico que se introduz, serão apresentados os principais pontos que estão correlacionados a filiação socioafetiva. Diante disso, serão demonstradas por meio de uma averiguação detalhada o seu conceito, bem como as suas características.

Com efeito, cumpre assinalar que por muito tempo a sociedade nutriu a concepção de que os vínculos biológicos eram preponderantes nas relações de família, nesse prisma Calderón (2017, p.22) afirma: “As diversas concepções históricas de família nem sempre adotaram a afetividade como elemento constituinte do elo entre seus integrantes, visto que a noção do afeto envolve uma visão de pessoa, e da sua subjetividade, que nem sempre esteve presente”.

Dessa maneira, Fujita (2011, p.107) declara que a palavra afeto possui o significado de “Estado ou disposição do espírito, sentimento, afeição paixão e ternura de uma pessoa para outra”.

Diante dessa perspectiva, na visão de Farias e Rosenvald (2017, p.610) “A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento, (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas”. Os autores ratificam que a filiação socioafetiva configura um tratamento de mão dupla, levando-se em consideração, que atualmente as relações familiares estão fulcradas no afeto.

Desse modo, Dias (2016, p.678) confirma “A filiação socioafetiva assenta-se no reconhecimento da posse de estado de filho: a crença da condição de filho fundada em laços de

afeto”. A autora ainda acrescenta “A posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”.

Como se pode observar, Dias (2016) argumenta que cada situação fática enseja uma solução jurídica diferente, em razão disso a identificação dos vínculos de parentalidade não pode ser buscada exclusivamente no campo genético, tanto a maternidade, quanto a paternidade resultam de uma crença construída pela convivência pai e mãe, aqueles que são capazes de partilhar o amor, carinho e a atenção.

De igual forma, Fujita (2011) declara que a filiação socioafetiva é caracterizada pela relação existente entre pai, mãe e filho, destacando a inexistência de liame sanguíneo. Sobre isso, é possível relatar:

A filiação vem a ser formada com o afeto que vincula pais e filhos, independentemente ou não da sua origem biológica. Pai e mãe se distinguem de genitor e genitora. Isso porque pai e mãe são os que, efetivamente, criam, educam, sustentam e amam, ao passo que genitor e genitora são aqueles que apenas geram indubitavelmente, existem genitores que são pais, mas há outros que não são (FUJITA, 2011, p.110).

Tendo como base as informações retro mencionadas verifica-se que, a ideia de maternidade e paternidade estão ligadas a responsabilidade e ao respeito. Seguindo tal entendimento Fujita (2011, p.111) assevera:

Ser pai, ou mãe, é: prover as suas necessidades vitais, compreender os limites de seu filho; sofrer com os seus reveses; corrigir os seus erros; incentivar, aplaudir e vibrar com as suas vitórias; ensinar-lhe a ser honesto leal e útil ao próximo e à comunidade social. É educá-lo para a vida com amor e muito afeto.

Por conseguinte, certifica-se que atualmente o verdadeiro significado da maternidade e paternidade não está essencialmente associado à verdade biológica. Corroborando desse pensamento Madaleno (2018, p.659) declara que o “livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre estão presentes na filiação biológica”. A propósito, o autor acresce que a verdadeira filiação é aquela construída pela convivência.

Como se há de verificar Madaleno (2018, p.660) ensina que “O real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza, quase sempre fruto de um indesejado acaso, obra de um indesejado descuido e da pronta rejeição”. Com base nessas informações o autor evidencia que somente podem ser considerados genitores aqueles que têm o intuito de exercerem as funções de pais.

Assim, Madaleno (2018, p.660) reafirma que “Não pode ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou”. O que se percebe dessa afirmação é que de fato pai e mãe são aqueles que despendem esforços e dedicação na criação dos filhos.

Um fator relevante na discussão da filiação socioafetiva é a posse de estado de filho, Farias e Rosendal (2017 p.568) destacam “O papel preponderante da posse de estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais direito a vida e mais vida ao direito”.

Considerando o que foi dito vislumbra-se, que a posse de estado de filho constitui requisito essencial para a caracterização e reconhecimento da filiação socioafetiva, como bem elucida Dias (2016, p. 658) “A posse de estado de filho é que gera o vínculo de parentesco e impõe as responsabilidades decorrentes do poder familiar”.

Contudo, Tartuce (2017) declara que para a concretização da posse de estado de filho é necessário que se observe alguns critérios são eles: o tratamento (*tractatus ou tractatio*), a fama (*reputacio*) e por fim o nome (*nomem ou nominatio*).

Cabe salientar que Tartuce (2017) indica que o primeiro requisito, tratamento (*tractatus ou tractatio*) refere-se à noção de que, mediante a sociedade, as partes envolvidas na relação transmite a ideia de um vínculo familiar. Quanto ao segundo pressuposto fama (*reputacio*) diz respeito à publicidade conferida a essa relação perante a sociedade. Destarte, o último requisito nome (*nomem ou nominatio*) consiste na declaração no meio social de que o filho utiliza o nome do pai. Não se pode esquecer que nesse caso não basta a utilização do nome registral.

Demais disso, Fujita (2011) reitera que há um vínculo entre a posse de estado de filho e o princípio da aparência. É importante destacar que essa aparência confere proteção e segurança à relação construída pela convivência, pois o que se analisa nesse caso é a boa-fé, por conseguinte, esta última se exterioriza por intermédio da efetivação do cuidado dos pais em relação aos filhos.

Em atenção a essas ponderações e em análise aos proveitos obtidos por meio desse tópico, conclui que a filiação socioafetiva é um assunto novo no cenário jurídico, contudo, o que se percebe é que essa temática tem alcançado uma enorme repercussão pelo fato de possuir aplicação prática. Isso é tão verdade que continuamente escutamos até mesmo pelo senso comum a expressão de que “pai e mãe, são aqueles que criam”.

Em assonância com essas lições e certificada a relevância do tema, nos tópicos que se seguem a abordagem terá como foco a averiguação da aplicabilidade dos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

## **B. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE**

Cumpramos neste passo acerca do princípio da afetividade, nessa direção este ponto da pesquisa tem como objetivo demonstrar os impactos ocasionados por este princípio no estudo da filiação.

É plausível verificar que por diversas vezes o termo afeto foi retratado nessa pesquisa, contudo, é de suma relevância que fique claro a relação existente entre o princípio da afetividade e o da dignidade da pessoa humana. Assim, Madaleno (2018, p.145) determina “O afeto é a 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”. Em acréscimo, afirma que o afeto surge da convivência e da liberdade que cada um tem em se afeiçoar ao próximo.

Em consequência, Madaleno (2018, p.145) ainda preceitua sobre o tema do afeto “A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto”.

Vislumbra-se, por estas afirmações que atualmente vem crescendo exponencialmente o número de pedidos de indenizações por abandono afetivo e que, inclusive, há diversificados precedentes consolidados tanto no campo jurisprudencial, quanto no doutrinário que retratam sobre essa questão.

Ao ensejo da conclusão deste item, deduz-se que o princípio da afetividade trouxe uma flexibilização no reconhecimento e proteção da filiação, por essas razões, é justificável a declaração de que o afeto ocupa um lugar de destaque na vida do ser humano. Nesta perspectiva, os tribunais já entendem que a negligência dessa observação ocasiona reflexos irreparáveis ao indivíduo que foi abandonado afetivamente, esse argumento se tornou o esteio para a responsabilização civil. Posto isto, no próximo tópico a análise será voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este considerado como um dos mais abrangentes do ordenamento jurídico.

### **1.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Atualmente, é indubitável a ideia de que os princípios possuem grande relevância na resolução das lides presentes no seio social. Diante disso, o princípio da dignidade da pessoa humana é classificado como um dos vetores do direito de família.

Como se absorve dos ensinamentos de Dias (2016) o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, sendo assim o Estado possui o dever de se abster de qualquer conduta que ofenda o mínimo existencial do indivíduo. Para tanto, a doutrinadora ainda ratifica que o princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligado aos direitos humanos, não podendo, portanto, ser desconsiderado na análise da determinação da filiação. Em virtude dessas considerações, Farias e Rosenvald (2017, p. 75) afirmam:

Realmente, a não admissibilidade de quaisquer comunidades afetivas (denominadas por alguns de entidades parafamiliares) como núcleos familiares, afastando-as da incidência protetiva do Direito das Famílias, sob o frágil argumento de não estarem explicitamente previstas no art. 226, colidiria a mais não poder com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial, por ser descabida discriminação de qualquer espécie à opção afetiva de cada cidadão. Por isso, estão admitidas no Direito das Famílias todas as entidades formadas por pessoas humanas e baseadas no afeto, na ética e na solidariedade recíproca, mencionadas, ou não, pelo comando do art. 226 da Carta Maior.

Sob essa ótica, constata-se que o ordenamento jurídico tem como papel principal garantir a proteção do núcleo familiar, independentemente da sua origem. Sobre isso, Gonçalves (2017, p. 23) esclarece “O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente”. Com isso verifica-se a real importância desse princípio no amparo e na construção de uma estrutura familiar saudável.

Compreende-se, que essa noção de base familiar saudável não decorre necessariamente de um modelo preestabelecido de família, outrossim, Venosa (2017, p. 24) informa “O Código Civil não traçou um desenho claro dessas famílias, cujas questões ficam a cargo dos tribunais que sempre devem ter em mira a afetividade e a dignidade da pessoa humana”. Desse modo, essas famílias que não são tradicionalmente constituídas merecem respeito e uma efetiva proteção do ordenamento jurídico.

Vale ratificar que a intervenção do Estado na esfera familiar deve ocorrer de maneira limitada, respeitando sempre o planejamento familiar que é de livre iniciativa do casal. Nesse contexto, o artigo 226, § 7º, da CRFB/1988, consagra:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o

planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Em consonância com o acatado, percebe-se que o planejamento familiar possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, a par disso Gonçalves (2017, p. 228) assevera “O planejamento familiar envolve aspectos éticos e morais”. Sendo assim, é incabível que as entidades estatais interfiram em aspectos particulares que envolvam a decisão do casal, não obstante, a participação do Estado deve ser voltada à formulação de programas assistenciais que propicie um auxílio na estruturação familiar.

Nesse cenário, Soares (2010) argumenta que o princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma modificação na interpretação e implementação dos direitos fundamentais, oportunizando o reconhecimento de uma gama de direitos, conferindo uma visão mais justa, pelo simples fato de existirem cláusulas que vedam o retrocesso.

Nesta esteira, conclui-se que inadequado seria não tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, até porque atualmente a estrutura jurídica reconhece que nem sempre as normas positivadas são suficientes para a resolução das celeumas existentes no nosso meio social.

## **1.6 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Em rápidas pinceladas, este tópico irá delinear a importância de uma observação subjetiva para a determinação do vínculo de maternidade. Posta assim a questão, é de se dizer que é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, outrossim, Dias (2016, p. 680) salienta:

O vínculo de filiação socioafetiva, que se legitima no interesse do filho, gera o parentesco socioafetivo para todos os fins de direito, nos limites da lei civil. Se o filho é menor de idade, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; se maior, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, que não admite um parentesco restrito ou de "segunda classe". O princípio da solidariedade se aplica a ambos os casos.

No caso em tela, infere-se que existem outros princípios que servem de complemento ao princípio do melhor interesse da criança, são eles o princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade, cabe destacar que este último por ser mais amplo é aplicável em um maior número de hipóteses, não se restringindo apenas a um público alvo em específico.

Desse modo, há entendimentos concretos que em situações onde há uma lide instaurada tendo como litigantes pais biológicos e socioafetivos deve prevalecer à decisão que abarcar o melhor interesse da criança, assim Cassettari (2017, p. 38) ensina:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras.

Em conformidade com acatado, vislumbra-se que o magistrado tem como tarefa direcionar as suas decisões aos ditames do melhor interesse da criança. Como se comprova, atualmente é comum serem instauradas disputas judiciais tendo a presença de pais biológicos versus os pais socioafetivos, assim, verificada a complexidade que essas demandas geralmente apresentam, é uníssono o entendimento de que é inviável que o juiz aplique uma fórmula exata na resolução dos casos concretos que lhes são apresentados. Diante disso, tanto o princípio do melhor interesse da criança, bem como os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico são essenciais para nortear o magistrado a proferir uma decisão justa e efetiva.

De antemão, encerradas as discussões no que se referem aos aspectos gerais correlacionados à filiação, constata-se os proveitos obtidos. Nessa direção, no próximo capítulo será iniciada uma nova apuração onde o foco serão as bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, capítulo este fundamental para a consolidação do entendimento da reprodução humana assistida homóloga, heteróloga e gestação por substituição.

## **5. REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA**

A discussão que se inicia tem como finalidade relatar acerca dos principais pontos que abarcam a reprodução assistida homóloga.

Nesse sentido, de acordo com Venosa (2017, p. 249) “Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro”. Ato contínuo, Farias e Rosenvald (2017, p. 593) afirmam “A fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gravidez a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades”.

Em rápidas pinceladas Fujita (2011, p. 65) ratifica “A fecundação será homóloga, se utilizados o óvulo do cônjuge virago e o sêmen do cônjuge varão”.

Ademais, Dias (2016, p. 670) acrescenta “Chama-se de concepção homóloga a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo”.

Em atenção às afirmações supratranscritas é possível constatar que a técnica artificial homóloga tem como principal característica a utilização do material biológico do próprio casal.

Nesse propósito, Madaleno (2018, p. 703) reitera “A inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, à margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental”. Assim, não há grandes questionamentos pela sociedade no tocante a utilização dessa técnica, sendo ela fundamental para fortalecer os laços familiares daqueles que inicialmente estavam impossibilitados de procriarem por possuírem alguma disfunção. Nesta perspectiva, Nader (2016, p. 458) tece as seguintes considerações: “A fecundação artificial homóloga não provoca, em regra, questionamentos de natureza ética ou jurídica, pois são coincidentes as paternidades biológica, jurídica e socioafetiva”.

Na mesma direção, contudo, com uma visão um pouco distinta Diniz (2017, p. 718) preleciona “Em regra, a inseminação artificial homóloga não fere princípios jurídicos, embora possa acarretar alguns problemas ético-jurídicos, apesar de ter o filho os componentes genéticos do marido e da mulher”.

Além disso, Dias (2016) apresenta declarações anunciando que via de regra na inseminação artificial homóloga não é preciso que o companheiro autorize o procedimento. Dessa forma, será ele responsável de todas as incumbências provenientes do poder familiar.

Embora, se diga que não há grandes controvérsias envolvendo a inseminação homóloga, é possível afirmar que existem algumas questões sendo debatidas por apresentarem certo grau de complexidade, à guisa de exemplo podemos citar as hipóteses de fertilização e inseminação *in vitro post mortem*. Conforme explica Dias (2016, p. 671) “O vínculo de paternidade se estabelece ainda que falecido o genitor”. Nesse sentido, cumpre destacar que é necessária a autorização prévia e expressa do cônjuge para que se utilize desse procedimento após a sua morte, pois essa autorização enseja o direito tanto ao reconhecimento da paternidade, como o direito sucessório. Desta forma, Madaleno (2018, p. 704) explana acerca do assunto da seguinte maneira:

Consequentemente, a possibilidade de a viúva proceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levada a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.

Como se extrai do texto citado o legislador compreendendo os efeitos jurídicos decorrentes da inseminação artificial homóloga após a morte, estabeleceu como parâmetro a formalização expressa do consentimento do companheiro, sendo assim, somente com a autorização prévia do falecido, é que a viúva poderá se valer de tal técnica. Nessa senda compartilhando do mesmo entendimento, Pereira (2017, p. 382) explica:

Consideram-se filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido (inciso III do art. 1.597). Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem ao marido e à mulher. Este procedimento pressupõe o consentimento de ambos. Deve-se admitir, no entanto, a presunção de paternidade do marido falecido, se utilizado o material genético do falecido e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido.

É possível deduzir que o direito sucessório também é assunto controvertido no âmbito da inseminação homóloga, em razão disso Farias e Rosenvald (2017, p. 598) são categóricos ao aduzirem:

Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma vez que o artigo 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade para suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou foi concebido. Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão). A outro giro, se não havia concepção, ou seja, em se tratando apenas de sêmen congelado, sem que tenha ocorrido a concepção laboratorial, não há que se falar em direito sucessório, exatamente pelo princípio da isonomia porque as situações são absolutamente distintas e igualmente substanciais consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.

Posta assim a questão, é de se dizer que o princípio da igualdade será observado na análise do direito sucessório. Cumpre ressaltar, que este direito somente será aplicado nas situações em que se iniciou a concepção. Para tanto, o fato de existirem sêmens congelados não garante que sejam estabelecidas analogicamente as garantias que são direcionadas aqueles que já foram concebidos.

Outra questão de igual complexidade refere-se aos embriões excedentários. Diante disso, Dias (2016, p. 670) explica “Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de embriões excedentários”. Partindo-se desse pressuposto, conclui-se que no momento em que é executado o procedimento de fertilização são gerados um grande número de embriões, a fim de que seja levada a termo a concepção, acontece que nem todos esses embriões são utilizados, sendo congelados até que seja definido o seu destino.

Na mesma direção, considerando os atuais debates relacionados ao direito da personalidade Dias (2016) argumenta sobre a possibilidade dos embriões excedentários serem equiparados aos nascituros, outrossim, caso isso ocorra serão estabelecidos a ambos os mesmos direitos e garantias.

Sintetizando os resultados alcançados no estudo dessa subseção, constata-se que a reprodução humana assistida homóloga é uma técnica aceita por grande parte da sociedade, sendo empregada quando as vias naturais serem esgotadas e mesmo assim não for alcançado o

resultado satisfatório. Por conseguinte, visualiza-se diversificadas situações que são debatidas não só no campo jurídico, mas também no ético e religioso. Assim, o tópico que se sucede retratará acerca da reprodução assistida heteróloga.

## **2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA**

Dado o exposto no tópico anterior foi possível verificar os principais aspectos correlacionados a reprodução humana assistida homóloga. Não obstante a isso, o item que se introduz tem como finalidade abordar relativamente sobre o conceito, bem como as características da reprodução assistida heteróloga, assim é de extrema importância que sejam utilizados não apenas livros para embasar o estudo, mas também um suporte documental respaldado na análise da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina.

Levando em conta os esclarecimentos preliminares, no que se refere às noções conceituais Dias (2016, p. 673) anuncia “A fecundação artificial heteróloga ocorre quando o marido ou o companheiro manifestam expressa concordância que sua mulher se submeta ao procedimento reprodutivo com a utilização de sêmen doado por terceira pessoa”.

Partindo desse pressuposto, Madaleno (2018, p. 709) expõe a seguinte definição: “é heteróloga a inseminação artificial quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro”.

Oportunamente, Venosa (2017, p. 252) acrescenta “A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido”. Salienta-se, que há bancos de esperma destinados para a concretização desse procedimento, demais disso, não se pode ter conhecimento da identidade dos doadores.

No tocante à divulgação dos doadores Dias (2016, p. 673) assevera “É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores”.

Corroborando do mesmo pensamento Madaleno (2018, p. 709) ensina:

O esperma do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados dos respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários.

Dessa maneira, é notável que a análise das características morfológicas do doador é de significativa importância, pois deve haver compatibilidade com a receptora. Nesta direção, o

inciso IV, item 7, da Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina elucida “A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora”. Seguindo esse contexto Cassettari (2017, p. 43) reafirma:

Com relação aos doadores, a resolução determina que eles não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, e para isso será mantido sigilo, obrigatoriamente, sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, mas, em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. As clínicas, centros ou serviços que empregam a doação devem manter, de forma permanente, um registro de dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

Em relação ao consentimento Dias (2016, p. 673) deixa claro “O consentimento não precisa ser por escrito, só necessita ser prévio”. Ademais, informa a impossibilidade da retratação do consentimento após a implantação do óvulo. Referente ao procedimento Cassettari (2017, p. 42) afirma:

O banco de sêmen é um serviço integrado a grupos de reprodução assistida, que permite a preservação do sêmen humano congelado para ser utilizado para futuras gestações. Nele, o sêmen é mantido por tempo indefinido, congelado em nitrogênio líquido (196° C negativos) para utilização em inseminação artificial ou outras técnicas de fertilização assistida para se conseguir gravidez.

Em seguida, Cassettari (2017) informa que por intermédio da masturbação serão colhidos os espermatozoides. Concluída a coleta e depois de analisados os espermatozoides, serão congelados e mantidos a temperatura de 196° C negativos. Além do mais, Cassettari (2017, p. 42) ainda apresenta a referida declaração “O sêmen congelado, tanto de pacientes como aqueles que fazem doação, é utilizado para inseminação artificial ou para fertilização *“in vitro”*”. Nesse sentido, o médico observará o ciclo menstrual da paciente, a fim de que constate o momento oportuno para concretizar o objetivo da gravidez. Não se pode perder de vista, que há duas modalidades de banco de sêmen, com efeito, Cassettari (2017, p. 42) os distingue:

O banco de sêmen terapêutico mantém congelado sêmen de homens que vão se submeter a tratamentos que podem colocar em risco sua fertilidade, como a quimio ou a radioterapia, vasectomia, algumas cirurgias, entre outros. Já o banco de sêmen de doadores anônimos mantém espermatozoides de homens que voluntariamente doaram seus gametas para casais cujo marido apresenta infertilidade que não pode ser tratada ou doença hereditária conhecida, como, por exemplo, hemofilia.

Verifica-se que a primeira categoria de banco de sêmen é destinada aos homens que irão realizar algum tratamento que possa ocasionar a sua infertilidade. Em outra direção, a segunda

modalidade trata-se de sêmen ofertado por doadores anônimos, com fito de que futuramente sejam utilizados por homens inférteis.

De antemão, Cassettari (2017) informa os critérios observados na doação do sêmen. Dessa maneira, o doador deve ter faixa etária de 18 a 45 anos de idade, não pode possuir na família histórico de doenças hereditárias, além de manterem o sigilo, eles ainda serão submetidos a inúmeras avaliações e exames.

É importante ressaltar que após a manifestação do consentimento o esposo ou companheiro não terá o direito de negar a paternidade, como bem esclarece Cassettari (2017) nesses casos é reconhecida a filiação socioafetiva, o que impossibilita uma futura impugnação do reconhecimento da paternidade.

Por tais razões, conclui-se que esse tópico trouxe como resultado o conhecimento de mais uma técnica de reprodução humana assistida, diferente da primeira técnica exposta no tópico anterior, que para concretização do procedimento é necessário a utilização do próprio material genético do casal, para a efetivação da técnica heteróloga é preciso que utilize o material genético de um terceiro. Considerando essas informações, no tópico que se segue a abordagem será sobre a gestação por substituição.

## **2.2 GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO**

O assunto que será debatido tem como foco principal relatar sobre a gestação por substituição, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”. Diante disso, para que haja um resultado satisfatório, a fim de que se obtenha o máximo possível de informações acerca do assunto será utilizado um arcabouço doutrinário amplo, bem como será realizado o estudo de legislações específicas.

De antemão, iniciando a discussão da temática Dias (2016, p.675) apresenta a seguinte definição: “Gestação por conta de outrem, maternidade por substituição ou por sub-rogação são expressões que nada mais significam do que a conhecida barriga de aluguel”. Cumpre advertir, que o termo “barriga de aluguel”, é amplamente criticado pelo ordenamento jurídico, tendo em vista que a CRFB/1988 veda expressamente a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas, veja-se:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o inciso VII, item 2, da Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina deixa claro “A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Na mesma direção, Madaleno (2018, p.713) declara sobre o assunto “A doação de óvulos no Brasil não pode envolver fins lucrativos, tanto que as doadoras assinam termo de consentimento em que aceitam a doação sem finalidade lucrativa, reconhecendo a obrigatoriedade do anonimato”.

Em outra perspectiva, Madaleno (2018) declara que há duas espécies de mães de substituição, sendo elas a mãe portadora e a mãe de substituição. Quanto à genitora portadora o doutrinador a define como aquela que concede seu útero, já a mãe de substituição é aquela que pode ceder tanto o útero, quanto seus óvulos. Sendo assim, a cedente deverá abrir mão dos seus direitos maternos e conseqüentemente entregar a criança logo após dar à luz.

Atualmente, a Resolução nº. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina é responsável por apontar as diretrizes que deverão ser respeitadas para a utilização desse procedimento. Ademais, o inciso VII, item 1, declara:

A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau-mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau –tia/sobrinha; quarto grau –prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2017).

Como se observa é necessário que a cedente temporária do útero possua um vínculo de parentesco com um dos parceiros, até o quarto grau, contudo, Madaleno (2018) explica que alguns conselhos regionais de medicina, têm adotado um entendimento mais flexível, inclusive, permitindo que amigas próximas cedam o seu útero temporariamente. Para tanto, Tartuce (2017, p.262) complementa:

Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados: a) termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem; b) termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou do procedimento de reprodução assistida; e c) termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Ainda sobre os requisitos essenciais para a permissão da utilização da gestação por substituição, Farias e Rosenvald (2017) reiteram:

É possível extrair os requisitos exigidos para a gestação em útero alheio: i) a maternidade por substituição deverá efetuar-se entre parentes até o quarto grau (mãe e

filha, avô e neta, irmãs, primas), devendo os demais casos ser submetidos à prévia anuência do Conselho Federal de Medicina; ii) a cessão de útero terá, imperativamente, caráter gratuito,<sup>3</sup> vedada a remuneração pelo ato (afastando-se, assim, os nebulosos exemplos de aluguel do corpo humano); e iii) que tenha finalidade médica a sua aplicação, ou seja, somente é permitida a utilização da técnica por pessoas que, realmente, não podem gestar, afastados os casos em que a mulher não quer ficar grávida por questões estéticas, por exemplo.

Em última análise, compreende-se que esse tópico trouxe informações importantíssimas para o desenvolvimento da pesquisa, como por exemplo, a avaliação da Resolução nº. 2168/2017. Dessa maneira, a abordagem seguinte será conclusiva na determinação do vínculo de maternidade, oportunamente será dissertado relativamente sobre a análise do conflito positivo de maternidade.

### **3.1 CONFLITO POSITIVO DE MATERNIDADE**

A abordagem que se inicia tem como enfoque o estudo do conflito positivo de maternidade. É cabível destacar que com a consolidação das técnicas de reprodução humana assistida no seio social, a presunção *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa) foi relativizada, tendo em vista que por intermédio das técnicas de reprodução humana assistida, especialmente, a gestação por substituição, é possível que a maternidade subsista em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou. Diante disso, Diniz (2017, p. 740) argumenta:

Na fecundação na proveta, a criança poderá ter duas mães: uma institucional e outra genética; dois pais, o institucional, que será o marido de sua mãe, que anui na fertilização *in vitro cum semine alieno*, e o genético, ou seja, o doador do elemento viril fertilizante, que não terá responsabilidade jurídica pelo ser que gerou.

Compreendendo a relevância das questões suscitadas, bem como os pontos controvertidos que essa temática possui Diniz (2017) apresenta alguns questionamentos como, por exemplo, se seria viável a formulação de uma nova definição de maternidade e paternidade? Se mediante a dificuldade na determinação da maternidade na fertilização *in vitro*, na hipótese em que o óvulo for de uma doadora, quem será a mãe, a doadora ou a mulher em que cujo útero foi introduzido o óvulo de outra? Frente a esses apontamentos questiona-se no caso de gestação por substituição, sobrevivendo o litígio, o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou a que gestou? A quem o poder judiciário deverá conceder a guarda da criança? Ademais, Diniz (2017, p.471) indaga “O que teria mais valor: o conteúdo genético transmitido ao filho ou o vínculo afetivo criado entre gestante e o feto”?

Nesse sentido, Coradi (2014, p. 46) em seu trabalho de conclusão de curso que tem como título conflito positivo de maternidade frente à gravidez de substituição transcreve considerações significativas:

O entendimento e a solução dada pela doutrina quanto ao conflito positivo de maternidade é divergente. Há quem entenda que mãe seria aquela que gestou e deu à luz, em razão da presunção *mater semper certa est*. E, de acordo com tal entendimento, preceitua Denise Rodrigues que “mãe é a que dá a luz independentemente de que técnica de reprodução esta tenha se valido”, ainda, conclui “que o termo substituição é utilizado erroneamente, pois quem gerou é a verdadeira mãe e só haverá substituição após a entrega do bebê a mãe que o criará” (RODRIGUES, 2008, p.409, *apud* CORADI, 2014, p. 46).

Em continuidade Diniz (2017, p. 741) anuncia “O Código Civil búlgaro (art.31), a Lei espanhola n.14/2006, art.10.2, a Lei inglesa e o Código Civil suíço (art.251, 1) entendem que a mãe é a que deu a luz, pois a filiação dos nascidos por gestação por substituição deve ser determinada pelo parto”.

Em direção adversa Diniz (2017, p. 741) informa “Nos Estados Unidos, um juiz entregou a criança ao casal encomendante, porque tinha mais condições de criá-la”. Além disso, cumpre assinalar que nesse país não é vedada a utilização da “barriga de aluguel”, desde que haja o consentimento das partes firmado por meio de um acordo que deverá ser submetido ao poder judiciário. Assim, Coradi (2014, p. 46) alude em trabalho acadêmico:

O desejo de ter um filho e os laços de afeto construídos são mais importantes que a simples descendência. O vínculo do amor é o mais importante e significativo na vida de qualquer pessoa, principalmente de uma criança. Esta lição acha-se consignada desde a antiguidade, na Bíblia. O astuto Rei Salomão, para dirimir o litígio entre duas mulheres que diziam ser mães de uma criança não se serviu de nenhum critério que necessitasse a análise da natureza biológica da criança, ou da discussão de quem gerou, mas sim, na circunstância de amar e servir (TEIXEIRA, 2005, p.319, *apud*.) CORADI, 2014, p. 46).

Em virtude dessas considerações, em que se demonstra a relevância do afeto em detrimento ao vínculo biológico Diniz (2017, p. 741) opina da seguinte maneira:

Deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher.

Ao ensejo da conclusão desse item, constata-se que para Diniz (2017) a paternidade e a maternidade será atribuída para aqueles que optaram e quiseram o nascimento da criança.

### **3.2 ANÁLISE DA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA**

No presente tópico será realizada a análise da gestação por substituição sob uma ótica jurisprudencial e doutrinária. Cumpre sublinhar que a finalidade é demonstrar através de casos concretos como os tribunais têm reagido diante o conflito positivo de maternidade.

Inicialmente, a investigação surge com a verificação dos principais pontos apresentados nos autos nº. 2009.0010.4323, pelo juiz auxiliar de corregedoria José Marcelo Tossi Silva em parecer jurídico endereçado ao Egrégio Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, em que o desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares aprovou o parecer de o juiz auxiliar de corregedoria, negando provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em que se discutia a imputação da maternidade e da paternidade aos fornecedores de materiais genéticos empregados para fertilização *in vitro* e inseminação artificial. Conforme se depreende nos autos em epígrafe, o casal Hélio Ferreira da Cunha Júnior e Sandra Regina Locatelli, movidos pelo desejo de procriarem, não obstante impossibilitados de utilizarem as vias comuns para concretização de tal objetivo, haja vista Sandra Regina possuir uma anomalia fisiológica que a impede de gestar, sendo assim, o referido casal recorreu à cunhada de Hélio Ferreira da Cunha Júnior, para que ela cedesse temporariamente seu útero, com o fito de viabilizar o desenvolvimento do embrião. Nesse sentido, ficou estabelecido que logo após o período de gestação, Mônica Emi Tsuruda, deveria entregar a criança ao casal, abdicando-se do direito de assumir a maternidade. Acontece que mesmo havendo a declaração expressa de que ela não possuía o desejo de assumir a maternidade, o Centro de Atenção à Saúde da Mulher – CAISM, Unicamp, expediu a declaração de nascido vivo identificando a cunhada de Hélio, como genitora, considerando o fato de que foi ela que deu a luz à criança. Diante disso, no que se refere ao possível conflito de maternidade o Ministério Público do Estado de São Paulo destaca:

[...] O recorrente alega, em suma, que a maternidade é presumida pela gestação, sendo mãe aquela que pariu a criança. Afirma que o contrato celebrado entre os envolvidos, intermediado por médicos do Centro de Reprodução Humana de Campinas, ligado à Faculdade de Medicina da Unicamp, não supera o princípio da maternidade certa pela gestação e parto [...]. (TJ-SP, 2010, p.01, on-line). (BRASIL, 2010).

Em seguida, relata ainda sobre a importância da preservação do melhor interesse da criança, bem como a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, que de acordo com o que está disposto nos autos nº. 2009.0010.4323, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo serão garantidos com a lavratura de assento de nascimento. Nesse sentido, o Ministério Público do Estado de São Paulo assevera:

[...] Considera que a lavratura do assento de nascimento na forma pretendida não possibilitará o futuro conhecimento, pela criança, de sua real origem, porque ocultará a verdadeira maternidade. Além disso, não existe regulamentação legal para a prática pretendida pelos recorridos, o que impõe maiores cautelas e impede, por sua vez, a presunção de paternidade e maternidade tão só pelas declarações apresentadas pelos interessados, nas quais se inclui a do médico responsável pela fertilização e pela inseminação [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010)

Assim, tendo como base as informações anteriormente mencionadas, as quais demonstram que tanto a maternidade, quanto a paternidade, não devem ser presumidas apenas pelas declarações prestadas pelos interessados, o Ministério Público do Estado de São Paulo, no processo n°. 2009.0010.4323, argumenta sobre uma possível ilegalidade no procedimento de manipulação genética. Nesse contexto:

[...] Tece comentários sobre a possibilidade de manipulação genética vedada ou ilegal. Afirma, por fim, que a genitora que deu à luz não tem parentesco com os supostos pais biológicos o que contraria a resolução do Conselho Federal de Medicina destinada a impedir a comercialização do útero [...] (TJ-SP, 2010, p.02, on-line). (BRASIL, 2010).

Não obstante, a apresentação do recurso pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a Procuradoria Geral de Justiça emitiu parecer pelo não provimento do recurso. Nesse paradigma, em análise aos autos n°. 2009.0010.4323 o juiz auxiliar Silva argumentou:

[...] Fundado na inexistência de vedação legal para o procedimento adotado na fertilização e inseminação artificiais, na natureza relativa das presunções de paternidade e maternidade decorrentes da lei, e no melhor interesse da criança, determinou a lavratura do assento de nascimento com consignação de que é filha de seus pais biológicos, ou seja, fornecedores dos materiais genéticos utilizados na fertilização *in vitro*, com arquivamento do procedimento pelo Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais para fornecimento, aos interessados, de certidão relativa ao seu conteúdo, mediante prévia autorização judicial [...] (TJ-SP, 2010, p.03, on-line). (BRASIL, 2010).

Ademais, acrescente-se ainda que a documentação acostada nos autos foi fundamental para a posterior decisão do desembargador Antônio Carlos Munhoz Soares, o qual aprovou o parecer do Juiz auxiliar da corregedoria, negando, portanto, provimento ao recurso do Ministério Público do Estado de São Paulo. Registre-se ainda, que no presente caso o que prevaleceu foi à maternidade vinculada ao material genético concedido pelo casal solicitante do procedimento.

É inegável que para a solução do conflito positivo de maternidade é necessário que cada caso em específico seja apreciado de maneira subjetiva, como visto no julgado anterior, a maternidade e paternidade foram determinados pelo critério genético, no entanto, há casos que o critério socioafetivo é que irá prevalecer.

Assim, utilizando esse argumento como fundamento o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento de apelação cível alicerçou entendimento voltado à consolidação dos laços socioafetivos. Nessa direção a relatora Reis entendeu:

[...] Superada tal premissa, qual seja, de que a relação jurídica, consolidada sobre laços socioafetivos prevalece sobre a ligação genética, é preciso esclarecer que a posse do estado de filho decorre de vínculo afetivo, apoiado no tratamento e cuidado dispensado, nas responsabilidades assumidas, na relação de confiança estabelecida, e excede o âmbito familiar, conferindo aparência de filiação para toda a comunidade, situação que interfere na formação da personalidade [...] (TJ-GO, 2019, p.04 on-line). (BRASIL, 2019).

É notório que o aspecto socioafetivo não pode ser desconsiderado no momento da determinação da maternidade. Nessa acepção Diniz (2017, p. 741) de maneira categórica revela a sua opinião sobre qual é a decisão adequada nas hipóteses de conflito de maternidade, senão, vejamos:

Julgamos que **deverá o legislador optar pela prevalência da presunção da paternidade e da maternidade em prol do casal que idealizou o nascimento**; o filho, aos olhos da lei, dele será, mesmo que o material genético não seja seu, pouco importando que tenha sido ou não gerado no útero da esposa ou se ela forneceu o óvulo, fecundado pelo sêmen do marido ou de terceiro e gestado no ventre de outra mulher (grifo nosso).

Por tais razões, verifica-se que não há um precedente específico para o magistrado se pautar no momento de proferir sua decisão sobre quem será considerada mãe da criança. Sendo assim, observando a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, partimos do pressuposto que genitora será aquela que garantir o melhor interesse da criança. Com base nisto, Cassettari (2017, p. 38) ratifica:

Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliado pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, **deve o Juiz pautar se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar** e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras (grifo nosso).

Na mesma direção o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, no julgamento do agravo de instrumento, ressaltou a importância do princípio do melhor interesse da criança. Nesta esteira, verifica-se a concepção do relator Rosa:

[...] Em proêmio, vale considerar que a regulamentação do direito de visitas, assim como todas as questões que envolvem menores, deve prestigiar primordialmente o interesse da criança (art. 227, caput, da Constituição Federal), já que a convivência

familiar assegura não só a formação de laços afetivos, como contribui ainda para a formação físico-psicológica do infante [...] (TJ-GO, 2019, p.03, on-line). (BRASIL, 2019).

Em atenção às informações expostas, verifica-se que este capítulo contribuiu para o resultado da pesquisa, demonstrando os pontos que devem ser observados para a solução do conflito positivo de maternidade. Sendo assim, foi possível constatar que o ordenamento jurídico brasileiro ainda possui deficiências no campo normativo, não sendo possível aferir uma resposta objetiva para o conflito positivo de maternidade por ausência de uma lei específica que regule o caso. Ademais, constata-se ainda a relevância de uma análise principiológica em questões subjetivas como a que foi apresentada no trabalho. Diante disso, tendo como base o estudo da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017, bem como o estudo da gestação por substituição, sob uma ótica doutrinária e jurisprudencial, conclui-se que o magistrado fará uma análise minuciosa, a fim de identificar qual genitora garantirá o melhor interesse da criança.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face do exposto, vislumbra-se que os capítulos construídos no decorrer da pesquisa foram decisivos para a solução da problemática inicialmente apresentada.

Nessa direção, no primeiro capítulo a abordagem esteve centralizada nos aspectos gerais correlacionados à filiação, demonstrando as transformações vivenciadas pelo direito de família ao longo dos anos. Destaca-se que a evolução da ciência e da tecnologia genética ocasionaram a ampliação do conceito de filiação biológica, todavia, inadequado seria esquecer a importância da filiação socioafetiva na análise da determinação da maternidade, uma vez que o vínculo afetivo consolidado e reconhecido traz proteção e responsabilidades aos familiares unidos por laços de afeto.

No segundo capítulo, a discussão foi sobre as bases técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, neste momento foram explanados os conceitos e as principais características da reprodução assistida homóloga, heteróloga e gestação por substituição.

Por conseguinte, no terceiro capítulo o estudo esteve voltado para análise jurídica da gestação por substituição, sendo apresentadas informações significativas sobre o conflito positivo de maternidade, trazendo à baila novamente a indagação que ocasionou a pesquisa, qual seja, considerando a modernização das técnicas de reprodução humana assistida, no caso de gestação por substituição, sobrevivendo litígio, o vínculo de maternidade subsistirá em relação à genitora que concedeu o material biológico ou à que gestou?

Diante disso, no que se refere às possibilidades técnicas e jurídicas da reprodução humana assistida, especialmente a gestação por substituição, popularmente conhecida como “barrida de aluguel”, verifica-se que hodiernamente não há mais dúvidas de que as relações familiares estão fulcradas no afeto. O obsoleto padrão da maternidade biológica resta superado, dando lugar ao aspecto afetivo da função maternal, que traz a ideia segundo a qual mãe é aquela que, mesmo sabendo da inexistência de vinculação biológica, despende em favor do filho (a) atitudes de afeto, carinho e amor, acompanhando durante toda a vida e auxiliando no seu crescimento. Por outro lado, a filiação socioafetiva não exclui a filiação biológica, pois esta constitui direito da personalidade.

Dessa forma, em análise ao conflito positivo de maternidade e tendo como base uma investigação minuciosa doutrinária, jurisprudencial e da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº. 2.168/2017 foi possível constatar que a melhor solução jurídica no caso de advir conflito positivo de maternidade é conceder a tutela aquela genitora que conseguir comprovar que garantirá o melhor interesse da criança.

Nesse sentido, conforme entendimento majoritário é recomendável que as análises que envolvam crianças ou adolescentes sejam pautadas pelo princípio do melhor interesse da criança, devendo este ser preservado em contraposição ao interesse dos genitores.

Cumprir observar que a garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, está diretamente ligado aos princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana, sendo assim, é indubitável que tanto as crianças, quanto os adolescentes são partes vulneráveis na relação jurídica, cabendo ao Estado garantir a sua proteção. Contudo, é importante ressaltar que não há um padrão específico que apresente a definição do que seria esse melhor interesse, comportando, portanto, uma postura ativa e subjetiva do magistrado, que deverá proferir uma decisão que busque assegurar que o infante, obtenha uma estrutura familiar saudável, que garanta os seus direitos e que contribua para a sua construção enquanto indivíduo.

É relevante destacar que alguns obstáculos surgiram no decorrer da confecção do trabalho, tais como, a ausência de enunciados jurisprudenciais, bem como obras doutrinárias atualizadas que retratasse sobre o assunto, contudo, verifica-se que, frente à complexidade das questões suscitadas foi possível alcançar um resultado juridicamente aceitável e condizente com a atual estrutura do ordenamento jurídico brasileiro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em face do exposto, vislumbra-se que os capítulos construídos no decorrer da pesquisa foram decisivos para a solução da problemática inicialmente apresentada.

Nessa direção, no primeiro item a abordagem esteve centralizada nos apontamentos de cunhos históricos e sociais, destacando as origens da subordinação das mulheres em detrimento aos homens, ademais, a construção da concepção de que a mulher é inferior ao homem ocasionou a aceitação de que os atos de violência sofridos pela classe feminina é algo natural.

Em seguida, a discussão foi sobre os aspectos relacionados ao feminicídio, nesse momento foram explanados acerca dos principais pontos desse fenômeno que vem cada dia mais ganhando repercussão na seara social, tendo em vista que o feminicídio constitui a categoria extrema de violência contra a mulher.

Um ponto relevante no estudo dessa matéria diz respeito aos marcos normativos nacionais e internacionais que buscaram garantir os direitos das mulheres e erradicar a violência de gênero, sendo expostos os pontos mais importantes das convenções adotadas no Brasil, bem como as causas motivadoras da tipificação da qualificadora do feminicídio no Código Penal.

Por conseguinte, verifica-se que os movimentos feministas foram fundamentais na conscientização da comunidade internacional que em decorrência adotou medidas para que os direitos das mulheres fossem reconhecidos como direitos humanos.

Por último foram apresentados dados estatísticos, a fim de comprovar os resultados obtidos após a Lei nº 13.104/2015. Nesse sentido, foram avaliados vários sites que apresentavam essas pesquisas, a exemplo disso, destaca-se o ‘Monitor da Violência’ do site G1 e o ‘Atlas da Violência 2019’ publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, bem como o trabalho da Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde, a Fundação Perseu Abramo, o IBGE e o UNODC. Destaca-se, portanto, por intermédio dos estudos realizados que até o momento não houve redução nem nas taxas de violência, tão pouco nas taxas de feminicídio, sendo necessário que sejam adotadas medidas complementares com o fito de concretizar a proteção a este grupo socialmente vulnerável. Não obstante, é preciso reconhecer que a implantação da Lei nº 13.104/2015 não é simplesmente um simbolismo penal, pois se trata de mecanismo de defesa e proteção apto de ocasionar políticas públicas efetivas no combate à violência de gênero.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <mailto:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 07 de mai. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 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: 07 de mai. 2019.

BRASIL. **Resolução CFM nº. 2.168/2017**. Brasília-DF em 21/09/2017. Diário Oficial da União D.O.U. Publicado em 10/11/2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 14 de mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. **Agravo de Instrumento nº 0714944-04.2017.8.07.0000**, da 1ª Turma Cível. Relator: Roberto Freitas. Acórdão em 14 de março de 2019. Publicado em 14 de março de 2019. Disponível em:<<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574384233/7149440420178070000-df-0714944-0420178070000/inteiro-teor-574384292?ref=serp>>. Acesso em: 16 de mai.2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Agravo de Instrumento nº 5545179.56.2018.8.09.0000**, da 1ª Câmara Cível. Relator: Maurício Porfírio Rosa. Acórdão em 19 de março de 2019. Publicado em 22 de março de 2019. Disponível em:<[https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id\\_MovimentacaoArquivo=92350776&hash=3275477003457645230754898422343728419&CodigoVerificacao=true](https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=92350776&hash=3275477003457645230754898422343728419&CodigoVerificacao=true)>Acesso em: 16 de mai.2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 0230165.75.2015.8.09.0040**, da 6ª Câmara Cível. Relatora: Sandra Regina Teodoro Reis. Acórdão em 26 de fevereiro de 2019. Publicado em 26 de fevereiro de 2019. Disponível em:<<https://tjgo.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712681715/apelacaoapl2301657520158090040/inteiro-teor-712681716?ref=serp>>. Acesso em: 28 de mai.2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Parecer Jurídico nº 2009.104.323**. Corregedor Geral da Justiça: Antônio Carlos Munhoz Soares. Parecer em 19 de março de 2010. Publicado em 25 de março de 2010. Disponível em:<<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 17 de mai.2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CORADI, Monaise Carteri. **Conflito Positivo de Maternidade Frente à Gravidez de Substituição**.Disponívelem:<[http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/498/1/PF2014Monaise\\_Carteri\\_Coradi.pdf](http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/498/1/PF2014Monaise_Carteri_Coradi.pdf)>. Acesso em 17 mai.2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso Didático de Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito de família. Volume V**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: em busca do direito justo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

# ESTUDO ACERCA DA PROPRIEDADE RURAL E A SUA DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DA REFORMA AGRÁRIA.

Alessandra dos Santos Oliveira<sup>51</sup>  
Mikhaelly Mendes de Oliveira<sup>52</sup>  
Rafaella Ferraz Santos<sup>53</sup>

## RESUMO

Esse trabalho tem a intenção de analisar a propriedade rural e sua desapropriação para fins da reforma agrária. Nota-se através da Constituição Federal de 1988 a previsão sobre a desapropriação da terra improdutiva, considerando o interesse público, bem como a função social da propriedade. Diante disso, o ordenamento jurídico pátrio autoriza que a terra improdutiva seja retirada do proprietário. Destaca-se que esta pesquisa foi direcionada com o objetivo de possibilitar a compreensão não somente do instituto da reforma agrária, mas também da desapropriação e do direito de propriedade. Constitui objetivo analisar a reforma agrária sob a perspectiva de que o Estado possui mecanismos que viabiliza a interferência em propriedades que deixaram de cumprir com sua função social. É evidente que a distribuição justa das terras é a melhor forma para promover a igualdade entre todos. Nesse contexto, para o desenvolvimento deste trabalho será empregada pesquisa bibliográfica, a fim de que se possa encontrar um resultado coerente acerca dos reflexos da reforma agrária no Brasil e as consequências da desapropriação de terras.

**Palavras-chave:** Direito agrário. Desapropriação. Propriedades.

## INTRODUÇÃO

A reforma agrária é um assunto polêmico. Sua aplicação é discutida no mundo jurídico e no seio social, principalmente, por aqueles que de alguma forma tiveram suas propriedades transferidas por não atenderem a função social. Assim, ela ainda causa desassossego por não corresponder os anseios da coletividade, haja vista que se trata de um mecanismo legal que obriga os produtores e donos de propriedades a torná-las produtivas.

A partir da Constituição Federal de 1988, as terras improdutivas passaram a serem objetos de desapropriação obedecendo ao interesse público acerca da função social da propriedade de terra, a reforma agrária criou inclusive reservas ecológicas das terras que não

---

<sup>51</sup> Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: alessandrasantosoliver96@gmail.com.

<sup>52</sup> Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: mikhaelly01@hotmail.com.

<sup>53</sup> Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: rafaellaferrazsantos@gmail.com

produziam. Um ponto crucial que geram grandes sustentações é sobre a reforma agrária e a função social da propriedade com fulcro no inciso XXIII, do art. 5º da Constituição Federal. Normalmente, a reforma agrária se consolida quando ocorre a redistribuição das terras, cabendo esse procedimento a União o qual por meio do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) poderá dar um novo proprietário as terras.

A intervenção da reforma agrária alcança a propriedade rural que não cumprir com seu papel social, ou seja, aquele que não produz, sugerindo a inutilidade das terras. Assim, este imóvel fica sujeito a desapropriação que será utilizado pela reforma agrária nos termos da Constituição Federal e da Lei nº. 8.629 promulgada em 25 de fevereiro de 1993.

Por este ângulo o trabalho será desenvolvido, trazendo à baila algumas noções conceituais, assim como será demonstrado à maneira em que o instituto da reforma agrária é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Será tratado ainda sobre a origem histórica da propriedade que atravessou longos momentos até se materializar naquilo que hoje o direito conhece como propriedade. Considerando a importância do assunto, o instituto da propriedade será analisado juntamente com a desapropriação para compreensão da reforma agrária.

Nessa direção, surge a seguinte problemática: qual seria o fundamento jurídico e os critérios adotados para a desapropriação de terras com fins de reforma agrária diante do direito constitucional sobre a propriedade da pessoa? Sabe-se que da mesma forma que a lei assegura a desapropriação ela também reconhece o direito de propriedade daquele que de fato é dono da terra.

O objetivo geral consiste em examinar se a desapropriação das terras para a finalidade de reforma agrária cumprem os requisitos determinados pela função social da propriedade. Especificamente o objetivo é abordar o conceito de propriedade, trazer breves apontamentos históricos sobre tal instituto, e demonstrar como o ordenamento jurídico pátrio considera a reforma agrária, para ao final traçar uma conclusão solidificada sobre o assunto.

A justificativa está na relevância do assunto a partir das questões práticas da distribuição daquelas terras consideradas pela União como improdutivas, ou que não estão cumprindo sua função social. No mesmo sentido, espera-se obter como resultados a conclusão de que a desapropriação da terra deve ocorrer através do instrumento legal da reforma agrária de forma justa e proporcional, e que seja observada o devido processo legal.

Por fim, emprega-se como metodologia para desenvolvimento do trabalho a pesquisa bibliográfica que consiste no apoio em doutrinas, artigos científicos, dicionários, resenhas, jornais, boletins, teses, arquivos digitais, que tratam especificamente do assunto. A pesquisa qualitativa será bem recepcionada no presente trabalho considerando que não se preocupa com

estimativas, já que a finalidade precípua é analisar a contextualização atual da desapropriação para fins de reforma agrária, e como é o procedimento legal a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

## **1. Breve retrospecto histórico sobre o instituto da propriedade**

Assim como a sociedade a propriedade foi se desenvolvendo ao longo dos tempos, apresentando mudanças significativas que acompanharam o homem até chegar nos dias atuais. As primeiras divisões que surgiram sobre as terras tratam elas como coletivas, assim os bens que fossem imóveis eram de uso da coletividade, sob esse prisma, as terras pertenciam a todas as pessoas da mesma tribo, família, e sociedade.

Acerca disso Silvio de Salvo Venosa retrata em seu livro “Direitos reais” que para as sociedades primitivas antes da época romana existiam apenas a propriedade sobre as coisas que fossem móveis, ou seja, somente os objetos de uso pessoal, o autor menciona como exemplo as vestes, os utensílios de peça e caça. Mas quanto a terra, esta pertencia a toda coletividade, portanto, todos da família ou da tribo eram donos da mesma propriedade. (VENOSA, 2008).

Posteriormente, Luciano Godoy esclarece por meio de obra que:

Logo após esse período, houve o destaque de duas civilizações da antiguidade, sendo elas a Grega e a Romana, as quais já tratavam do direito de propriedade. Na comunidade grega, a terra era de propriedade absoluta de seu dono, sendo divididos os frutos provenientes da colheita, para Luciano Godoy, as comunidades gregas tinham a terra como nada mais que uma propriedade imóvel familiar. (GODOY, 2018, p. 21).

Vem então Pinto Ferreira contar ainda sobre a propriedade em tempos remotos que “no antigo império romano, para estimular-se o seu aproveitamento, as terras eram divididas em lotes e cedidas, mediante insignificante remuneração ou gratuitamente, aos velhos guerreiros que se constituíam em grupos de colonizadores”. (FERREIRA, 2002, p. 89).

Foi com os romanos que surgiram as primeiras definições sobre a propriedade. Através do processo de individualização da terra, os romanos começaram a dividir as terras de forma que somente uma pessoa poderá ser proprietário daquela determinada propriedade, isto é, cada terra com apenas um dono dessa forma ele poderia ter poderes mais amplos em relação a seu espaço.

Após o declínio do império romano, a terra tornou-se decisão do poder político, valorizavam muito o solo, e após o surgimento dos senhores feudais as terras deveriam ser produtivas independente de quem fosse o proprietário. Surgiu então o domínio sobre a propriedade, com a exploração das terras para a agricultura, existindo uma troca de favores entre rei e os senhores feudais. (GODOY, 2018).

Posteriormente, avalia o autor que:

A propriedade medieval caracteriza-se pela quebra deste conceito unitário. Sobre o mesmo bem, há concorrência de proprietários. A dissociação revela-se através do binômio domínio eminente mais domínio útil. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica de bem e recebe em troca serviços e rendas. Quem tem domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade uma propriedade paralela. (GODOY, 2018, p. 22).

Somente após a revolução francesa que encerra esses privilégios da nobreza antiga. A propriedade deixou então de ser privada, e passou ser visto como um direito a partir da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que foi sancionado no ano de 1789, trazendo em seu décimo sétimo artigo que a propriedade era um direito inviolável e sagrado do qual ninguém poderia ser privado. No entanto, dias mais tarde, essa declaração foi atacada com a promulgação do código de Napoleão, sendo reconhecida por demais códigos como o do Brasil. (LOPES, 2012).

Pela experiência de Pinto Ferreira, após a descoberta do Brasil a coroa Portuguesa era a responsável pelas propriedades brasileiras, fato que marca o tratado de Tordesilhas no ano de 1494 que realizou a divisão dos dois hemisférios. Assim, Portugal ficou com as terras que se encontravam a direita e a Espanha com as terras da esquerda, e lentamente foi ocorrendo a colonização do território. (FERREIRA, 2002).

Foram criadas 15 capitanias por D. João III, divididas em 15 regiões ou lotes, concedidos tais lotes a 12 donatários. A palavra capitania já era utilizada na organização administrativa de Portugal e Espanha, porém recebeu os aditivos, particular e hereditária. As capitanias eram, assim, particulares porque pertenciam aos donatários, e hereditárias porque transmissíveis por herança aos sucessores legítimos. (FERREIRA, 2002, p.90-91).

O autor prossegue afirmando que “as fronteiras do Brasil foram alargadas pelas bandeiras, pela gente paulista, gaúcha, e pelos seringueiros, ficando a disposição de um país uma imensidão de terras públicas e incultas e uma porção reduzida de terras”. (FERREIRA, 2002, p. 91).

Como se vislumbra esse tópico foi fundamental na compreensão do termo propriedade, bem como as suas peculiaridades no que se refere ao desenvolvimento da reforma agrária no Brasil.

## **2. Aspectos Conceituais de Propriedade para o Direito Agrário**

O direito à propriedade representa uma grande ficção que faz o homem acreditar nos poderes que tem sobre determinada coisa. De fato essa ficção foi transformada em um direito respaldado pela legislação brasileira vigente. Noutras palavras, podemos dizer que a propriedade representa um direito real, amplo que alcança vários segmentos.

A propriedade é um direito reconhecido pelo texto constitucional em seu art. 5º, inciso XXII, vejamos: “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: XXII - é garantido o direito de propriedade (...)”. (BRASIL, 1988).

Para o doutrinador Orlando Gomes, a conceituação da propriedade:

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa em todas as suas relações a uma pessoa. Analiticamente o direito de usar, fruir e dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente o direito complexo absoluto perpétuo e exclusivo pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (GOMES, 2014, p. 97).

Após as evoluções conceituais sobre o direito de propriedade a partir das sociedades que marcaram a história, o Código Civil Brasileiro traz em seu art. 1.228 um conceito breve sobre proprietário e assim o define: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. (BRASIL, 2002).

Dower traz as seguintes características da propriedade: absoluta, exclusiva, e perpétua. Sobre a exclusividade ele acrescenta que a pessoa estranha não pode exercer ação alguma. A coisa não pode pertencer simultaneamente a duas pessoas. (DOWER, 2016).

O direito agrário também estuda a função social da propriedade. Por isto, podemos compreender que a função social corresponde a forma correta de se utilizar a terra, isso é, tem que haver a distribuição correta para atender a coletividade, considerando que deve ter o crescimento da produtividade, assim será possível alcançar a justiça social.

A esse respeito preceitua Silveira apud Souza que:

Vincula-se a natureza de bem de produção do imóvel fundiário. A terra deve destinar-se a produção de outros bens, notadamente daqueles que compõem a alimentação da população e que a produtividade do imóvel rural seja o primeiro elemento. (SILVEIRA, 1998 apud SOUZA, 2018).

Para Rosenvald, a função social advém do latim *functio*, e significa o cumprimento de alguma coisa ou de desempenhar uma obrigação ou atividade. Utilizamos o termo função para

expressar a finalidade de um modelo jurídico, para operar um instituto, isto é, uma função que deve ser cumprida a partir do ordenamento jurídico. (ROSENVALD, 2007).

Já Lépore acredita que: é o critério econômico que predomina, se o bem estiver se prestando a uma utilização econômica plena, evidentemente levando-se em conta sua adequação topográfica e localização, não será passível de medidas sancionatórias”. (LÉPORE, 2009, p. 55).

O autor traz o seguinte exemplo de como a Constituição Federal de 1988 trata da função social da propriedade:

O texto constitucional expressa claramente na forma do artigo 186 as condições exigíveis aos cumprimentos da função social. São requisitos objetivos: o aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e, exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. (LÉPORE, 2009, p. 55).

“A função social atinge a essência do direito, é a razão pela qual o ordenamento tutela e garante o domínio, mas não chega a ser o motivo pelo qual o direito é atribuído ao titular, uma vez que, o objetivo do proprietário, é satisfazer interesses particulares”. (MOESCH, 2005, p. 17).

Portanto, a função social da propriedade está relacionada aos anseios sociais, ela deve produzir, seja através da agricultura ou da agropecuária, aproveitando os recursos naturais para a exploração da atividade agrícola, de forma que os resultados possa favorecer os proprietários, caso contrário, a terra não terá nenhuma utilidade para o proprietário.

### **3. A Desapropriação para a Reforma Agrária**

Esse tópico tem a pretensão de responder a problemática sugerida para a confecção desse trabalho. Sugeriu-se investigar sobre os quesitos adotados para a desapropriação, de forma a investigar se a reforma agrária não estaria desonrando o direito de propriedade da pessoa. Por todo exposto até aqui chegou-se a compreensão de que a reforma agrária atende os preceitos constitucionais sobre a propriedade, assim como existe uma razão legal para que haja a desapropriação.

Entretanto, é necessário buscar um estudo sobre a desapropriação para a consolidação do assunto. No que tange o conceito de desapropriação, Salles ensina que: “para os civilistas é conceituada como forma de perda da propriedade. Já para os publicistas, é destacado o fato de ser a desapropriação uma forma originária de aquisição de propriedade”. (SALLES, 2017, p. 154).

Ferreira volta a afirmar que “a desapropriação se trata de um ato do poder público, que baseado em três situações, tira um bem de seu verdadeiro dono e a transfere ao domínio do Estado ou a outro particular mediante indenização”. (FERREIRA, 2002, p. 93).

Sob a ótica de Celso Antônio Bandeira de Mello, a desapropriação, consiste em um ato em que:

A luz do Direito Positivo brasileiro, desapropriação se define como o procedimento através do qual o poder público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (MELLO, 2013, p. 734).

A realização da desapropriação exige pagamento prévio, justo, e em dinheiro. Considerando o exposto, a Emenda Constitucional nº. 10/1964 autoriza a União a realizar a desapropriação da terra a partir de uma justa indenização, esse pagamento é conhecido como títulos especiais da dívida agrária.

Sobre a competência para legislar sobre a desapropriação, a Constituição Federal de 1988 determinou em seu art. 22, inciso II, a competência privativa da União para legislar sobre a desapropriação. Nesse mesmo dispositivo, determinou em seu parágrafo único que será através da Lei complementar que ela poderá autorizar a legislação dos Estados sobre matéria específica da desapropriação.

Nesse sentido, Salles reforça: “sobre questões específicas relacionadas com a desapropriação caberá a lei complementar federal estabelecer as questões específicas sobre as quais o legislador poderá legislar, em matéria de desapropriação”. (SALLES, 2017, p. 156).

Hely Lopes Meirelles esclarece que:

A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição. A necessidade pública surge quando a Administração pública defronta situações de emergência, que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato. (MEIRELLES, 2002, p. 44).

Nos termos do Decreto Lei nº. 3.365/41 o objeto da desapropriação são os bens imóveis, corpóreos ou incorpóreos, com exceção dos direitos personalíssimos, como o direito à vida, por exemplo. O art. 2º do referido decreto determina que mediante declaração de utilidade pública todos os bens poderão ser desapropriados pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

Retorna Celso Bandeira para advertir que:

Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, móvel ou imóvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto também se desapropriam direitos em geral. Contudo, não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais o de liberdade, o direito à honra etc. Efetivamente, estes não se definem por um conteúdo patrimonial, antes se apresentam como verdadeiras projeções da personalidade do indivíduo ou consistem em expressões de um seu status jurídico, como o pátrio poder e a cidadania. (MELLO, 2013, p. 742).

No entanto, é importante esclarecer que todo o conteúdo acima tratou sobre a desapropriação de propriedades particulares. Porém, o Estado também poderá desapropriar bens públicos, sendo necessário para isso uma autorização do poder legislativo dentre outros quesitos.

Quem explica melhor sobre o assunto é Celso de Mello, que aduz que o “expropriante seja de posição hierárquica superior ao expropriado, não podendo ocorrer desapropriação de ente federativo superior, por ente federativo inferior”. (MELLO, 2013, p. 742).

Ele complementa lecionando que:

[...]a União poderá desapropriar bens dos Estados, Municípios e Territórios; os Estados e Territórios poderão expropriar bens de Municípios. Já, as recíprocos não são verdadeiras. Sobre mais, há necessidade da autorização legislativa do poder expropriante para que se realizem tais desapropriações. Além disso municípios não podem desapropriar bens das autarquias federais e dos estados e estes não desapropriam bens das autarquias da União, pois não teria sentido e tais entidades administrativas, tendo sido criadas como pessoas públicas, havidas como meio eficiente de realização de propósitos dessa ordem, ficassem ao desabrigo da norma protetora. Seria inaceitável que União e Estados ao adotarem processos reputados mais eficientes de atuação, fossem onerados exatamente por isso ao criarem entidades que co-participam de suas naturezas no aspecto administrativo. (MELLO, 2013, p. 746).

A verdade é que o direito agrário tanto contem normas de direito privado como de direito público. A questão agrária transformou-se em um problema político-social, exigindo uma regulação mais profunda do Estado, porém, de outro lado, permitindo o interesse privado no exercício das atividades agrárias, justapondo as duas posições para atender ao progresso econômico e social da comunidade. (FERREIRA, 2002, p. 117).

Portanto, por meio da reforma agrária é possível a intervenção do poder estatal na propriedade de um particular, a vista disso, o Estado poderá alterar a posse da terra de acordo com aquele que verdadeiramente exercerá a função social da propriedade mesmo que se trate de um bem particular.

Pode-se compreender que a reforma agrária atende uma série que requisitos legais antes de desapropriar determinada propriedade, ela é realizada sob a égide legal e permite a ampla defesa. Além disso, a reforma agrária só poderá realizar a tomada da propriedade se ficar

comprovada que ela não cumpre sua função social, e, portanto, o instituto da reforma agrária não estaria ofendendo o direito de propriedade da pessoa.

## **CONCLUSÃO**

A partir do estudo realizado constatou-se que desde os primórdios o direito a propriedade era visto como exclusivo, absoluto e portanto, não podia ser revogado. No entanto, com o decorrer dos tempos, as sociedades se evoluíram, e buscaram nos aspectos políticos e econômicos a mudança quanto a estrutura da propriedade, assim, todas as características acabaram, sendo considerada a partir do cumprimento da função social.

Chegou-se à conclusão de que a desapropriação para finalidade de reforma agrária no Brasil é a forma legal que o Estado tem para intervir sobre o direito de propriedade do particular, com fundamento constitucional no interesse da coletividade e da supremacia onde o interesse da coletividade sobrepõe os anseios individuais. Para o instituto da desapropriação o bem coletivo é maior, pois só assim a sociedade poderá viver com a paz social.

Além disso, encontrou-se os resultados da problemática esperados no momento da criação desse trabalho, isto é, o instituto da desapropriação para fins da reforma agrária atende a uma legislação específica em que considera a inatividade das terras antes de transferi-las a terceiros. Desse modo, uma série de fatores são analisados antes, para não haver uma supressão de direitos da propriedade.

Pelo estudo viu-se que a reforma agrária é um meio de haver uma distribuição melhor da propriedade no Brasil, que busca a utilização correta da propriedade, analisando o cumprimento da função social a partir das determinações expressas na lei. Somado a isso, a reforma agrária coibi o latifúndio e promove a distribuição correta das terras. Com isso, verifica-se a possibilidade de igualdade financeira na nação, já que vai favorecer toda massa.

Portanto, a reforma agrária pode ser notada como uma solução do Estado para uma justa organização sobre a propriedade que não produz, da mesma forma, pode ser vista como uma solução para os conflitos que envolvem brigas por terras através dos movimentos sociais, considerando que parte das transigências ocorrem por questões agrárias. Sabe-se, porém, que é de suma importância para efetivação desses valores que a reforma agrária ocorra a partir dos ditames legais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Estatuto da terra. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 2004. Disponível em: <[http://www.dji.com.br/leis\\_ordinarias/1964-004504-et/estatuto\\_da\\_terra.htm](http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/1964-004504-et/estatuto_da_terra.htm)> Acesso em: 18.09.19.

BRASIL, Código Civil. Lei nº. 10.406 / 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 16.09.19.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso Moderno de Direito Civil: Direito das coisas, São Paulo, Nelpa Edições Jurídicas Ltda, v. 4º. 2016.

ESPÍNOLA, Eduardo. Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, Campinas, Bookseller, 2002.

FERREIRA, Pinto, Curso de Direito Agrário, 5. Ed. Ver. e atual., Saraiva, 2002.

GODOY, Luciano de Souza. Direito Agrário Constitucional: o regime de propriedade. São Paulo: Atlas, 2018.

GOMES, Orlando. Direitos Reais, 18ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001.

GOMES, Orlando. Direitos Reais, 13ª Ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

LÉPORE, Paulo Eduardo, A Função Social, 2009. Disponível em: <[http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_14.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_14.pdf)>. Acesso em: 12.09.19.

LOPES, Wellington Mendes, Função social da propriedade, Revista Jurídica 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira, Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2013; p. 734.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOESCH, Frederico Fernandes, Princípio da Função Social da Propriedade e sua eficácia, 2005. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7645>>. Acesso em 15.09.19.

ROSENVOLD, Nelson, Direitos Reais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, 4ª edição.

SALLES, José Carlos de Moraes. A Desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência, 4ª Ed. Revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

SOUZA, Gabriela de Oliveira Mascarenhas de. A função social da terra e a desapropriação para fins de reforma agrária, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66844/a-funcao-social-da-terra-e-a-desapropriacao-para-fins-de-reforma-agraria>>. Acesso em: 13.09.19.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direitos Reais, 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

# REVISTA ÍNTIMA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO X PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Mikhaelly Mendes de Oliveira<sup>54</sup>  
Alessandra dos Santos Oliveira<sup>55</sup>  
João Paulo da Silva Pires<sup>56</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa tem como discussão o procedimento de revista íntima adotado nos estabelecimentos prisionais como exigência para efetivação do direito à visita, previsto no inciso X da Lei de Execução Penal (1984), com o intuito de observar se este viola o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, ao passo que é notória a existência de um sistema penitenciário escasso de recursos, donde, em inúmeras vezes, os direitos dos familiares dos apenados são inobservados e estes acabam sendo submetidos a situações que atingem a sua intimidade. Para a construção desta análise, partimos do seguinte questionamento: A revista íntima realizada nos estabelecimentos prisionais como exigência para concretização do direito à visita fere a dignidade da pessoa humana? Cumpre salientar que o objetivo geral da pesquisa é verificar se a obrigatoriedade da revista íntima para a visitação nos estabelecimentos prisionais viola o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, pretendeu-se desmembrar o assunto e apresentar conceitos e peculiaridades inerentes ao direito à visita, ao procedimento de revista íntima, à supremacia do interesse público e à dignidade humana. A pesquisa se justifica por ter como foco uma discussão relevante no que se refere aos campos jurídico, social e dos direitos humanos, onde é colocada em análise uma situação rotineira na grande maioria dos presídios brasileiros. Quanto à metodologia utilizada para atingir esses objetivos, trata-se de uma pesquisa qualitativa amparada pelo método dedutivo, sendo ainda uma pesquisa bibliográfica e documental, abordagem que possibilita a verificação junto à doutrina e aos entendimentos jurisprudenciais sobre como o tema tem sido interpretado nos tribunais superiores. Como resultado, constatou-se que o procedimento de revista íntima que denigre a integridade física, psíquica e moral do ser humano é considerado ofensivo à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o Estado tem o dever de garantir meios não prejudiciais, que preservem os direitos fundamentais, como o uso de detectores de metais, scanners corporais, entre outros. Desta forma, a prática da revista íntima não vexatória permitiria efetivar os processos de segurança pública, tornando possível tanto a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana quanto a garantia da supremacia da ordem pública.

**Palavras-Chave:** Dignidade Humana; Presídios; Revista Íntima; Supremacia do Interesse Público.

## INTRODUÇÃO

---

<sup>54</sup> *Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. mikhaelly01@hotmail.com*

<sup>55</sup> *Graduanda em Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. alessandrasantosoliver96@gmail.com*

<sup>56</sup> *Faculdade Evangélica de Rubiataba/ Polícia Técnico-Científica da Secretária de Segurança Pública do Estado de Goiás. paullopires@gmail.com*

A Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB) promulgada em 1988 estabelece, segundo o princípio da isonomia, que todos são iguais perante a lei, garantindo, a partir deste preceito, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, dentre outros. Não obstante, dada a relevância dos mesmos, importa exprimir que não há no ordenamento jurídico brasileiro direito absoluto, ao passo que, inclusive, o bem mais relevante de todo o ser humano, que é a vida, pode ser limitado frente às determinadas situações. A Carta Magna designa também deveres inerentes à todos os cidadãos, com o intuito de uma convivência harmoniosa em sociedade.

Entretanto, o ser humano, dotado de sua liberdade, por vezes desobedece os limites estipulados em lei, ocasionando uma ruptura na ordem social. Neste caso, o Estado se vê obrigado a punir o infrator para que essa organização seja mantida, acionando o Poder Judiciário, que é incumbido de processar e julgar o transgressor da lei. Quando condenados (as) e reclusos (as), os (as) apenados (as) ficam sujeitos à execução da pena, regulada no Brasil através da Lei de Execução Penal (LEP), instituída em 1984.

Diante disso, a LEP estabelece no artigo 41 os direitos do (a) preso (a). Dentre eles destaca-se o estudo do disposto no inciso X, o qual garante ao recluso o direito à visita de familiares e amigos em dias definidos pela administração penitenciária. A partir de então, os visitantes são submetidos a obrigatórias revistas íntimas para que seja permitida sua entrada nos presídios.

Nesse sentido, apesar da administração atuar de forma a preservar a segurança na prisão e, conseqüentemente, resguardar a sociedade como um todo, tem-se que os estabelecimentos prisionais sofrem da carência de recursos, o qual não permite a realização de procedimentos mais adequados, sendo possível vislumbrar que o método de revista íntima exercido atualmente é precário e, por vezes, denigre a imagem do cidadão submetido a ele.

Deste modo, o presente artigo tem como tema o procedimento da revista íntima adotada nos estabelecimentos prisionais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e busca responder o seguinte questionamento: a revista íntima nos estabelecimentos prisionais fere a dignidade da pessoa humana?

Cumpra salientar que o objetivo geral da pesquisa é verificar se a exigência da revista íntima para a visitação nos estabelecimentos prisionais viola o princípio da dignidade da pessoa humana. De forma específica, objetivamos analisar o direito à visita dos (as) detentos (as) conforme o respaldo da Lei de Execução Penal, bem como estudar os motivos pelos quais as

instituições prisionais adotam a revista íntima e, por fim, discutir se a exigência e os procedimentos de revista dos visitantes violam a dignidade humana.

Dada à importância do tema, convém destacar que o método usado para atingir esses objetivos é o dedutivo e também nos utilizaremos de pesquisa bibliográfica e documental. Nesse caso, será analisada a legislação reguladora e os entendimentos doutrinários pertinentes a cada assunto, bem como artigos de pesquisadores especialistas no tema.

Com efeito, ao confrontar a revista íntima nos estabelecimentos prisionais e a dignidade humana, procuramos apresentar ao leitor quais as conceituações e as formas como este processo se exprime, visualizando a possibilidade de se chegar a uma resposta para o presente questionamento, devido ao fato de demonstrarmos os motivos para a adoção desses procedimentos, discutindo se eles se justificam ou se são excessivos e/ou evitáveis.

A pesquisa é justificável por ter como alvo uma discussão relevante ao mundo jurídico, abordando a maneira como a revista íntima deve ser feita, tendo por finalidade não prejudicar a intimidade e dignidade da pessoa humana e efetivar os preceitos legais da LEP. Deste modo, ao analisar a revista íntima no sistema prisional brasileiro x princípio da dignidade da pessoa humana, observa-se a relevância do tema para os indivíduos, para a sociedade e para a seara jurídica, ao passo que a aplicação dessas medidas interfere na coletividade como um todo, atingindo tanto o interesse social como o interesse particular dos envolvidos.

Feitas tais considerações, a discussão inicial trata do direito à visita garantida aos (as) detentos (as), consoantes à Lei de Execução Penal, o qual procurou demonstrar que é indispensável à convivência dos (as) apenados (as) com amigos e familiares, focalizando na necessidade da reintegração do (a) recluso (a) no mundo exterior. Por isso, é importante entender o contexto no qual se insere o direito à visita e qual respaldo jurídico ele possui.

## **1. DO DIREITO À VISITA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS**

Partindo da ideia de que o ser humano tem a natureza delitiva, quando o (a) indivíduo (a) transgrede uma norma imposta, o poder público, através do Estado-juiz, tem o dever de aplicar às sanções correspondentes com o ilícito praticado, observando o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, pode o juiz proferir sentença condenatória ou absolutória. Caso seja condenatória, tem-se a aplicação da pena como forma de repressão à conduta delitiva do agente.

Conforme preceitua Gonçalves (2018) a imposição da pena ao (à) encarcerado (a) possui caráter preventivo, retributivo, reparatório e readaptativo. Desta forma, ao recolher o (a) preso

(a) para os estabelecimentos prisionais, estes, em tese, teriam de preparar os indivíduos para que no futuro possam ser reintegrados ao seio social. Sobre essa ótica, ilustra Nunes que:

Cabe ao Estado que condenou alguém ou impôs medida de segurança, num primeiro plano, realizar a sua integração social, que significa oferecer ao réu as mínimas condições materiais e humanas capazes de fazer com que, cumprida a pena, volte ele ao convívio social sem mais delinquir (NUNES, 2013, p. 56).

A esse respeito, como a pena tem natureza reeducativa, a família, a sociedade e o Estado devem trabalhar em conjunto, objetivando promover meios para que os (as) apenados (as) possam ser reintegrados ao corpo social. Nesta lógica, conforme Nunes (2013), não deve a família ou a sociedade atribuir essa tarefa difícil somente aos órgãos responsáveis pela execução da pena, pois estes não estão conseguindo cumprir com seus papéis devido a uma série de questões. Nas palavras de Nunes (2013, p. 56):

Para realizar a reintegração social do condenado, bastaria aplicar eficazmente a Lei de Execução Penal, que oferece todas as condições para a sua concretização. Saúde, educação, trabalho, higiene, aproximação familiar e uma assistência jurídica efetiva ao detento, com certeza, em muito contribuiria para o sonho brasileiro de recuperar o delinquente.

A partir dessas explicações é possível vislumbrar que o (a) encarcerado (a) conserva inúmeros direitos que lhe são garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Desta forma, cabe destacar o direito à visita, prevista no art. 41, inc. X da LEP, que disciplina, *in verbis*, que: “constituem direitos do preso: visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

Tendo em vista que o cárcere remete o indivíduo a uma sensação de abandono e solidão, as visitas realizadas pelos familiares e amigos constituem fator fundamental no papel ressocializador da pena, à medida que mantêm o vínculo existente entre as pessoas nas prisões e as pessoas próximas a elas. Sob esse enfoque, caso o (a) recluso (a) cumpra a condenação que lhe foi imposta sem manter ligação com o mundo externo, as chances da pena não cumprir com seu papel ressocializador é um tanto quanto maior.

Devemos levar em conta que todo ser humano é dotado de objetivos que os motivam a buscá-los, sejam eles afetivos, familiares ou profissionais, entre outros. Nesse sentido, quando os (as) detentos (as) não recebem afeto ou mesmo atenção dos que estão fora do cárcere, podem ter a sensação de que perderam o valor perante a família e, em decorrência do crime cometido, foram abandonados pelos entes queridos. A não participação da família contribui negativamente para a ressocialização do indivíduo, pelo fato de que não existe estímulo para a recuperação se

sua própria família não estiver presente durante o cumprimento da pena dando os devidos incentivos. Nesta lógica, aduz Brito sobre a importância dos vínculos familiares que:

Outra medida que permite a manutenção dos laços sociais e familiares é a permissão de visita dos parentes e amigos próximos, que mantém viva a afeição pela mulher e pelos filhos, e permitem ao condenado intervir na solução dos problemas domésticos, tudo o que os estimula a ter boa conduta para conseguir uma liberação antecipada ou uma redução de pena que os permita voltar antes possível ao convívio familiar (BRITO, 2018, p. 189-190).

Destarte, ressalta incessantemente a doutrina que a ligação com a família é vínculo primordial, não sendo, portanto, dispensada do convívio com o (a) preso (a). De modo complementar estabelece Nunes que:

Essas visitas, com evidência, surgiram com a intenção de contribuir com a recuperação do criminoso, até porque, notoriamente, a presença da família junto ao preso é absolutamente necessária para objetivar a ressocialização do presidiário. Sem que a família do preso participe ativamente do processo de recuperação será muito mais difícil recuperar todos aqueles que cometeram crimes e que um dia retornarão ao convívio social. Nesse prisma, a convivência familiar com o criminoso é primordial para um retorno harmonioso do criminoso ao seio social no final do cumprimento da pena de prisão. A autorização ao detento de manter contato com familiares e pessoas próximas a ele, dentro do presídio, tem o intuito de amenizar a solidão carcerária e, principalmente, o fim de contribuir para a ressocialização (NUNES, 2016, p. 77).

Apesar disso, no que se refere ao direito do (a) recluso (a) a receber visitas (art. 41, inc. X, LEP), ressalta-se que a lei não dá explicações sobre os termos em que a mesma será concretizada. Nessa perspectiva, conforme Brito (2018), é usual que cada Estado tenha suas regras estabelecidas pelas secretarias responsáveis pela segurança pública. Entretanto, é comum que esses Estados apliquem as regras de caráter federal por inexistirem regulamento próprio a respeito do assunto, adotando assim, a Portaria nº 122, de 19 de setembro de 2007, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que aborda as regras pertinentes à visita no âmbito dos presídios federais (BRASIL, 2007).

## **2. O PROCEDIMENTO DE REVISTA ÍNTIMA ADOTADO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

O Estado, através da Constituição Federal, concebe direitos e deveres inerentes aos indivíduos e à coletividade. Conforme leciona Moraes (2017), o texto constitucional estabelece normas e institui órgãos que são fundamentais para a organização e funcionamento do Estado. Entretanto, é notório que a sociedade, assim como os seres vivos, evoluem constantemente, e,

consequentemente, é preciso que o legislador esteja sempre na observância s mudanças ocorridas para a criação de leis, com o intuito de não permitir que ninguém fique fora da tutela constitucional.

Com relação aos direitos dos (das) detentos (as), o ordenamento jurídico brasileiro elenca inúmeras disposições normativas, as quais permitem aos mesmos, pelo menos em tese, uma condição mais digna de cumprimento de pena, enquanto no cárcere.

Nesse aspecto, dentre os direitos a eles (as) concernentes, é possível destacar o texto do artigo 41 da Lei de Execução Penal, que elenca algumas garantias aos (às) detentos (as), tais como o direito à alimentação, à previdência social, à igualdade no tratamento, o chamamento nominal, dentre outros. No entanto, o eixo deste estudo se baseia no direito à visita do (a) cônjuge, companheira (o), amigos e familiares, presentes no inciso X, do artigo e lei supramencionados. Esse direito é de suma importância para que o (a) encarcerado (a) tenha um reingresso positivo no seio social, à medida que mantém o vínculo com o ambiente familiar. De acordo com o exposto, Nunes estabelece que:

A convivência familiar com o criminoso é primordial para um retorno harmonioso do criminoso ao seio social, ao final do cumprimento da pena de prisão. Quando se autoriza o detento a manter contato com familiares e pessoas próximas a ele, dentro do presídio, faz-se com o intuito de amenizar a solidão carcerária e, principalmente, com o fim de contribuir para a sua ressocialização (NUNES, 2013, p.88).

Todavia, apesar de o Estado dar essa garantia aos (às) presos (as), é insuficiente quanto ao não estabelecimento de legislação específica para a efetivação de tal direito e, assim, concerne à administração penitenciária o poder para adotar medidas destinadas concretização da visita. Sob essa ótica, é possível observar que a grande maioria dos presídios adota a revista íntima como técnica necessária para que os visitantes adentrem ao estabelecimento penitenciário.

Deste modo, de acordo com Gaidzinski (2015), o procedimento da revista começa submetendo os produtos de limpeza, higiene pessoal e alimentos que são levados para os (as) detentos (as) à rigorosa fiscalização. Na sequência, os visitantes são sujeitados à revista íntima, que é a inspeção realizada em todas as pessoas que desejam entrar nas dependências penitenciárias e que tem contato direto com o (a) preso (a). Em geral, as revistas deverão ser feitas por agente penitenciário específico, que, em regra, deve ser do mesmo gênero que o visitante. Apesar disso, conforme Gaidzinski (2015), as checagens são realizadas de forma invasiva e degradante, à medida que na maioria dos presídios é designado ao visitante que tire toda a sua roupa e agache sobre um espelho de forma que o (a) agente possa observar se existe algo dentro das cavidades corporais.

Desta forma, a prática da revista corporal pode causar ao visitante um enorme constrangimento, mesmo que tenha sido realizada por pessoa de mesmo gênero, tendo em vista que, além de ser submetido a esse tratamento, é considerado suspeito de tentar entrar com algo ilícito no cárcere.

Em consonância com o exposto, preceitua Cunha que no procedimento da revista:

Os visitantes inspecionados são obrigados a se despir por completo e agachar três vezes sobre um espelho, abrir com as mãos o ânus e a vagina, contraindo os músculos para que servidores do estabelecimento penal possam verificar se estão carregando instrumentos ilegais (drogas, material bélico, acessórios para celulares, etc.) ou qualquer outro objeto proibido para dentro do presídio (CUNHA, 2017, p. 60).

Não obstante, diante das circunstâncias a que os visitantes são submetidos, muitos doutrinadores entendem que essa prática excede os poderes de comando designados à administração penitenciária. Corroborando este pressuposto, Sales et al. (2016, p. 04) consideram que “a revista íntima se configura como verdadeiro constrangimento ilegal, ultrapassando os limites do poder do Estado sobre o cidadão”.

Entretanto em alguns locais as revistas se baseiam na forma de abordagem indireta, que é feita por algum tipo de equipamento eletrônico, bem como aparelhos detectores de metais, raios-x, scanners, etc., os quais não permitem o contato com o corpo do visitante. O uso desses instrumentos tem a finalidade de empreender uma revista íntima mais humanizada. Ainda conforme Mariath (2008), excepcionalmente nos casos em que houver um motivo coerente, permite-se a revista direta superficial, efetuada por cima da roupa do visitante.

Todavia, é evidente que o Brasil não dispõe de tecnologias em todas as cadeias existentes ao longo de seu território. Muito pelo contrário, segundo consta no Relatório Geral de Inspeção nos Estabelecimentos prisionais expedido pelo CNJ (BRASIL, 2019), o Estado de Goiás, por exemplo, apresenta um déficit de 9.980 vagas<sup>57</sup>, o que expõe considerável superlotação, e possui 147 estabelecimentos penitenciários, dos quais apenas (treze) detém o aparelho para bloqueio de celular e detectores de metais. Neste mesmo relatório é possível extrair que apenas (oito) presídios estão em boas condições e somente (um) está em excelente estado.

A esse respeito, assim como os presídios do Estado de Goiás, é concebível deduzir que existem inúmeras penitenciárias pelo Brasil afora que não são contempladas com esses equipamentos que visam a melhoria na realização da revista. Em todo o caso, nos locais onde não dispõe dessa tecnologia, a administração penitenciária tem que adotar outro tipo de medidas para que o direito do (a) encarcerado (a) previsto no art. 41, inc. X, da LEP se concretize e

---

<sup>57</sup> Dados coletados na data de 27 de maio de 2019,

cumpra com o seu papel que é de auxiliar na ressocialização do condenado em situação de cárcere. Neste enfoque, não resta outra medida a ser adotada a não ser a revista íntima, tendo em vista que seria uma afronta a segurança pública a permissão de entrada dos visitantes sem nenhum tipo de fiscalização.

Em relação ao exposto, discorda Roig (2018, p. 80), no sentido de que “em uma era de farta disponibilidade de meios tecnológicos (ex.: detectores de metal, aparelhos de raios-x, scanners corporais etc.), simplesmente não se justifica, em nome da pretensa segurança penitenciária, a manutenção desta arcaica prática pelo Estado”.

Entretanto, deve-se ater que o Brasil não dispõe de um sistema penitenciário adequado para todas as garantias que são previstas em lei para com os (as) reclusos (as). Ao contrário, na verdade os presídios estão muito longe de poder conceder à pessoa presa o cumprimento de pena conforme o disposto em lei. Desta forma, tanto as visitas, como as revistas são executadas em locais impróprios, que carecem de recursos para realização. Corroborando com o exposto, estabelece Brito:

O Brasil ainda não proporciona uma visita de forma correta. Salvo engano, não há no país um estabelecimento prisional que possua local adequado para as visitas, nem previsão arquitetônica para isso nos projetos já aprovados ou que servem de modelo para a construção de novos estabelecimentos. Assim, as visitas costumam ocorrer no interior dos estabelecimentos nos locais conhecidos como galerias ou pátios nos quais os presos permanecem durante o “banho de sol” ou momento de recreação (BRITO, 2018, p. 191).

Ainda, existem inúmeras pesquisas retratando que a revista íntima não atinge o seu objetivo que é o de coibir objetos não permitidos no cárcere. Sob essa ótica, o informativo da Rede Justiça Criminal (2015, p. 01) divulgou dados fornecidos pela Secretaria de Administração Penitenciária de São Paulo no ano de 2012, o qual destacou que foram efetuadas no estado “aproximadamente 3,5 milhões de revistas vexatórias [...], mas em apenas 0,02% dos casos se apreendeu drogas ou celulares com visitantes”.

Defronte ao exposto, o boletim temático retrata ainda que a revista ofende dentre outros o princípio da transcendência dos efeitos penais pelo fato de o visitante possuir vínculos com o (a) encarcerado (a), fazendo com que essas pessoas sejam submetidas a esses tratamentos degradantes à medida que são consideradas como principais suspeitos para a entrada de objetos ilícitos dentro dos presídios.

Nesse ponto de vista, o simples fato de o (a) visitante (a) possuir ligação com o (a) encarcerado (a) faz com que ele seja previamente entendido como suspeito, e, em razão disso, ter que se submeter ao procedimento de revista íntima.

Ressalte-se, ademais, que apesar de não haver uniformização do procedimento a ser adotado para que o direito à visita dos (as) reclusos (as) se concretize, perdura-se a Resolução nº 5, de 28 de agosto de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que delibera algumas medidas adotadas nos ambientes prisionais federais, as quais servem de sustentação para os demais presídios do país, onde a administração penitenciária não cuidou de estabelecer regras para a efetivação da visita aos faltosos.

Sob esse ângulo é possível entender que o problema não está contido unicamente nos visitantes, tendo como pressuposto a baixa quantidade de apreensões mencionadas anteriormente pelo Boletim Temático no Estado de São Paulo em relação ao número de revistas. Nesta lógica, pode-se refletir na possibilidade de contrabando de objetos ilícitos, bem como na corrupção de agentes penitenciários que acabam facilitando a entrada dos mesmos, colocando em risco a segurança dos (as) detentos (as) e dos (as) agentes (as), assim como a do próprio cárcere à medida que permitem a entrada desses objetos nas dependências penitenciárias.

Nesse sentido, em nome da insegurança pública, da falta de aparelhos tecnológicos e da carência de recursos destinados aos presídios, é que se vê a aplicação desses métodos medievais que denigrem a intimidade da pessoa, podendo ainda provocar sérias consequências psicológicas no indivíduo.

### **3. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

O presente segmento tem o objetivo de explanar o princípio da supremacia do interesse público, que pode ser usado principalmente na concretização de direitos atinentes a coletividade, no qual o direito individual pode ser relativizado em prol do interesse social.

A Carta Magna é entendida como a lei máxima e fundamental de um Estado, a qual segundo Moraes (2017, p. 28) “contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos”. Logo, se estabelece em órgãos e dissemina poderes a fim de que o Estado se desenvolva destinado a cada um, competência para a realização de determinada atividade. Nesse viés, a administração pública tem a missão de cumprir com o que lhe foi designada tendo sempre em vista o benefício da coletividade. Desta maneira, Carvalho Filho (2017) analisa que o destinatário final da atividade administrativa é o grupo social.

Em vista disso, Mazza (2016, p. 120) considera que “os interesses da coletividade são mais importantes que os interesses individuais, razão pela qual a administração, como defensora dos interesses públicos, recebe da lei poderes especiais não extensivos aos particulares”.

Não raro, em conformidade com o estabelecido por Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018) embora a Constituição traga em seu rol inúmeras garantias inerentes aos indivíduos tem-se que os direitos não possuem caráter absoluto, podendo vir a ser encolhidos através da supremacia do interesse público.

Nesse sentido, quando em confronto com os interesses coletivos, as garantias individuais poderão ser relativizadas em nome do social, observando sempre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Para Carvalho Filho (2017) esse fato pode ser entendido como o primado do interesse público, em que o indivíduo é visto como o integrante da sociedade onde os seus direitos via de regra não podem ser equiparados com os direitos sociais.

A supremacia do interesse público é um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro e embora não mencionada no texto legal concerne inúmeras prerrogativas à administração pública. Deste modo, tendo em vista que o intuito dessa prerrogativa é a proteção do bem comum, não é diferente quando é levada para o ambiente penitenciário. A esse respeito, analisa Alves (2014):

A preservação da segurança dos próprios privados de liberdade, das pessoas que trabalham nos presídios, dos eventuais prestadores de serviço e visitantes, bem como, em caso de fuga, a segurança da comunidade local, é a finalidade deste poder de polícia, enquanto o objeto é a atividade dos visitantes que deve ser regulamentada e, mediante a revista, controlado (ALVES, 2014, p. 19-20).

Assim, a administração penitenciária tem como escopo garantir a segurança pública, e baseada na supremacia do interesse público pode através do poder de polícia restringir a entrada dos visitantes nos estabelecimentos penitenciários os submetendo à revista íntima.

#### **4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

É de conhecimento geral que o mundo viveu um período marcado por inúmeras crueldades cometidas contra os seres humanos, bem como torturas, escravidão, genocídios e guerras. Nesse tempo, devido as diferenças econômicas, religiosas, étnicas, raciais, dentre outras, milhões de pessoas perderam a vida.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, o mundo viu-se abalado pelo que ocorrera e manifestaram-se em prol de novos alicerces ideológicos. Nesse ínterim, surgiram múltiplos tratados internacionais, convenções e etc. assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos que reconheceu todos os seres humanos como sujeito de direitos, detentores das

mesmas garantias. Deste modo, posteriormente, a CRFB de 1988 consagrou em seu texto a dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 cuidou de estabelecer em seu artigo 1º inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito atribuindo-lhe suprema valia à medida que esta garantia serve de parâmetro para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesta lógica, afirma Barroso (2018, p. 288) que “o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana”. Sob essa ótica, tem-se que a dignidade humana orienta todo o direito brasileiro, ao passo que para a criação e aplicação da lei, deve ser feita com observância de tal garantia.

Assim, compete mencionar que no plano internacional a Declaração Universal dos Direitos Humanos destacou a necessidade da proteção a dignidade humana quando se afirmou que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento de liberdade, da justiça e da paz do mundo”. Bem como a reconheceu em seu artigo 1º, no que dispôs que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]” (ONU, 1948).

O conceito de dignidade humana é tido como complexo por muitos doutrinadores, ao passo que estabelecer algo taxativo a dignidade da pessoa humana poderia atribuir-lhe uma limitação quanto a sua atuação. Nesse sentido, Agra (2018) preceitua que a definição de dignidade humana não é algo predeterminado que sempre existiu, mas que se constrói ao longo dos anos em decorrência dos fatores históricos. Nessa perspectiva, delinear a dignidade humana não é tarefa fácil, tendo em vista que se trata de algo subjetivo inerente aos indivíduos, que pode divergir de tempos em tempos ou de lugar para lugar.

Corroborando com essa ideia Sarlet et al. (2018) mencionam:

Todavia, quando se busca definir o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, seja como princípio (valor) autônomo, seja quando está em causa a natureza e intensidade da sua relação com os direitos humanos e fundamentais, percebe-se que os níveis de consenso registrados de uma ordem constitucional para outra e mesmo no âmbito interno de cada Estado, são muito diferenciados e muitas vezes até frágeis. Já no que diz com a própria compreensão do conteúdo e significado da dignidade da pessoa humana na (e para a) ordem jurídica considerada em seu conjunto, mas especialmente no tocante à sua relação com os direitos fundamentais, segue – também no Brasil – farta a discussão em nível doutrinário e jurisprudencial (SARLET et al., 2018, p. 266).

Para Ramos (2017, p. 76), “o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção”. Ainda, conforme Ramos (2017, p. 75-76), a dignidade humana “consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente a condição mínima humana”. Essa condição é distinta de homem para homem, e está intimamente ligada a

sua particularidade como ser humano que os resguarda de todo e qualquer tratamento degradante.

Não obstante, Agra preceitua que:

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, res. São direitos como vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica (AGRA, 2018, p. 156).

Agra (2018) retrata que o entendimento constitucional a respeito da dignidade humana parte da premissa de que independentemente de cultura, raça, posição social ou econômica, todos os homens são providos de idêntico valor, sendo-lhes, portanto assegurado a dignidade humana.

Contudo, possuindo como pressuposto o disposto no art. 5º, III da CRFB/88 o qual define que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, ou seja, havendo a administração pública de atuar sempre à luz da dignidade humana, é nitidamente preocupante a exigência da revista íntima aos familiares dos (as) detentos (as). Ao passo que, estes são submetidos a métodos totalmente primitivos, que violam tanto sua integridade física, quanto a psíquica e moral, portanto sua dignidade.

Apesar de existir a grande preocupação estatal no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais como a da segurança pública, tem-se que a dignidade humana atua como “limite e limite dos limites” (SARLET et al., 2018, p. 283).

Sendo assim, tendo em vista sua atuação como limitadora da atividade estatal e embora não exista princípio absoluto, é possível dizer que em determinados casos exista certa predominância da dignidade humana em detrimento a outros direitos fundamentais, inclusive o da segurança pública conforme o estabelece Sarlet et al. (2018, p. 272) que “com fundamento na dignidade da pessoa humana, ou seja, em virtude da necessidade de sua proteção, não só é possível como poderá ser necessário impor restrições a outros direitos fundamentais”.

## **5. ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS RELACIONADOS À REVISTA ÍNTIMA E A DIGNIDADE HUMANA**

Conforme demonstrado anteriormente a dignidade da pessoa humana é tida como um supra princípio, ou seja, serve de parâmetro para a atuação de todo o direito brasileiro. Assim sendo, convém destacar que o tópico que se inicia tem o objetivo de extrair do ordenamento jurídico brasileiro a maneira como os tribunais tem-se posicionado mediante o assunto. Ao passo

que, é de suma importância a apresentação desses entendimentos, pois assim veremos se os magistrados vêm adotando essa superioridade da dignidade humana e, por conseguinte, possivelmente poderemos chegar a uma resposta para a pergunta que norteia toda esta pesquisa.

Inicialmente cabe demonstrar o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o qual reputa ser legalmente constitucional o procedimento da revista íntima. Entretanto, o tribunal faz a ressalva de que devem ser observados certos limites, a fim de que preserve a intimidade de quem está sendo revistado.

Nesse viés, vale transcrever alguns trechos da ementa do Habeas Corpus nº 328.843-SP (2015/0157328-2):

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, CAPUT, C.C. ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. INGRESSO DE ENTORPECENTES EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. **ILICITUDE DA PROVA DECORRENTE DE REVISTA ÍNTIMA. INOCORRÊNCIA.** HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] III - **Não se configura a ilicitude da prova decorrente de revista íntima** na qual se encontraram entorpecentes no corpo de denunciada, **se tal procedimento não excedeu os limites do objetivo do ato, que é a garantia da segurança pública quando da entrada de visitantes em estabelecimentos prisionais.** Em outras palavras, é possível a mitigação do direito à intimidade da pessoa, como na espécie, em benefício da preservação de outros direitos constitucionais igualmente consagrados, uma vez que não há, no ordenamento jurídico-constitucional, direitos fundamentais de caráter absoluto (MS n. 23.452/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12/5/2000). IV - **O direito à intimidade, portanto, não pode servir de escudo protetivo para a prática de ilícitos penais, como o tráfico de entorpecentes no interior de estabelecimentos prisionais,** notadamente quando, em casos como o presente, há razoabilidade e proporcionalidade na revista íntima, realizado por agente do sexo feminino e sem qualquer procedimento invasivo (precedente). [...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena das pacientes, mantidos, no mais, os termos da condenação (SÃO PAULO, 2015. Grifo próprio.).

No caso em tela, se discute a análise da ilicitude da prova, a qual foi suscitada pelo fato de que o objeto da condenação se deu após ser realizada a revista íntima e esta feriu o direito à intimidade da visitante. Em seu voto, o Relator Ministro Felix Fisher destacou que não há direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. Entendeu também que o direito à intimidade poderia auxiliar o visitante numa suposta prática de ilícitos penais, já que este o protegeria da aplicação da lei. Desta forma, o direito que o visitante possui relacionado a sua intimidade não poderá sobressair a garantia da segurança pública.

Nesta lógica, extrai-se do voto que:

É o caso dos autos, em que o direito à intimidade não possui caráter absoluto em razão da necessidade de se resguardar a segurança pública, não se verificando qualquer ilegalidade, a princípio, na realização de revista íntima anteriormente à entrada de familiares dos detentos em estabelecimentos prisionais (FISCHER, 2015, p. 06).

Em mesmo sentido, convém extrair trechos do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.0652.864 - RS (2017/0026812-7), citado no Recurso Especial n.º 1.705.448 – RS (2017/0271917-0) do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM UNIDADE PRISIONAL. **REVISTA ÍNTIMA. LEGALIDADE.** ANÁLISE DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO. SÚMULA 126/STF. AFASTAMENTO. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. CIRCUNSTÂNCIAS DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. **Havendo fundada suspeita de que a visitante do presídio esteja portando drogas, armas, telefones ou outros objetos proibidos, é possível a revista íntima que, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos ditames legais,** exatamente como ocorreu na espécie, cuja verificação prescinde da análise de preceitos constitucionais. [...] 3. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2017. Grifo próprio. Editado pela autora).

Na mesma lógica, o Relator Ministro Jorge Mussi destacou que a revista íntima feita dentro dos ditames legais não ofende a dignidade humana, quando existe a fundada suspeita de que o visitante está tentando entrar no presídio com algum objeto proibido. Mencionou também que o procedimento de revista deve ser adotado mediante a observância de preceitos constitucionais.

Assim, sob o crivo do STJ, a revista íntima é entendida como legalmente constitucional, ao passo que se justifica pela prevalência do princípio da segurança pública em detrimento a dignidade humana. Contudo, o próprio tribunal ressalva que a revista deve ser feita por procedimentos não excessivos.

Em contraste, é interessante ressaltar que esse entendimento não é absoluto. Existindo inúmeros posicionamentos no sentido de que a revista íntima vai a confronto com a dignidade da pessoa humana. Desta maneira, cabe transcrever o disposto no Acórdão n.º 2018.0000616261 proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Apelação. Tráfico. Revista íntima no interior de estabelecimento prisional. 1. **Prova dos autos restou fundada no resultado da revista pessoal da ré, de natureza vexatória,** realizada no interior da Penitenciária II de São Vicente, quando estava indo visitar seu companheiro. 2. **A revista, por sua natureza violadora da dignidade da apelada, invalida a prova colhida e anula os atos dependentes dessa.** 3. No caso dos autos, todas as provas derivadas têm nexos de causalidade com a prova ilícita, não sendo hipótese de aplicação das excepcionais da descoberta ou da produção por fonte independente. Afastadas as provas colhidas por origem ou derivação, só resta concluir que não há elementos para afirmar a existência do fato. 4. Absolvição mantida. Recurso não provido (SÃO PAULO, 2018. Grifo próprio.).

No caso supracitado, discute-se a condenação de uma mulher após ser flagrada durante o procedimento de revista íntima entrando com drogas no interior da vagina. Conforme entendimento da Relatora, a revista íntima é considerada violadora da dignidade humana por própria natureza e causa a invalidação de todos os atos decorrentes dela.

Com base nisto, em relação ao acórdão em tela, entendeu ainda a Relatora Kenarik Boujikian do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que se devem adotar os seguintes procedimentos:

A solução que se apresenta ao caso em tela é: a) reconhecer que o procedimento que deu causa a este processo não obedeceu aos ditames constitucionais e legais; b) toda a prova proveio e derivou de tal procedimento; c) a violação das normas tornou ineficaz o ato originariamente realizado e todos os atos subsequentes; d) com a ineficácia constatada, não há prova da existência do fato descrito na denúncia (SÃO PAULO, 2018, p. 16).

Dessa maneira, a Relatora defende que o procedimento de revista íntima adotado para verificar a existência de ilícitos junto aos visitantes dos (as) reclusos (as) não obedeceu aos preceitos constitucionais que culminou na configuração da violação da dignidade humana e por consequência tornou ilícita a prova obtida através desse meio.

Não obstante, o Ministério Público Federal, através do Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho agravou o Recurso Especial nº 1.687.496/RS (2017/0187912-6) alegando a revista íntima se difere da revista pessoal ao passo que aquela se dá mediante a exposição das partes íntimas ou toque. Nívio destacou ainda a existência de duas vertentes opostas relacionadas a revista íntima:

Os defensores da medida sustentam a possibilidade de sua realização com base em uma ponderação de interesses, ante a necessidade de controle da entrada de produtos proibidos nos presídios. Dessa forma, imperativos de segurança pública autorizariam a medida, desde que tomadas certas cautelas, como o fato de ser realizada por agentes públicos do mesmo sexo. Por outro lado, os críticos asseveram que se trata de uma grave restrição à liberdade individual sem previsão legal, além de ser necessária a proibição para preservação do princípio da dignidade humana, instituído pelo art. 1º, III, da Constituição Federal [...] (SILVA FILHO, 2017, p. 4)

Segundo Silva Filho (2017), a revista íntima não encontra respaldo na Lei Federal, ferindo primeiramente o princípio da legalidade, ao passo que toda a atuação estatal deve estar em conformidade com o disposto em lei.

Ademais, o Subprocurador-Geral da República, entende que:

Quando em conflito princípios fundamentais, há uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa. Com efeito, as normas jurídicas devem ser aplicadas a partir de uma concepção humanista, de modo a prevalecer, em casos de conflitos

normativos, a mais protetiva ou menos restritiva aos direitos humanos envolvidos, conquanto mais favoráveis (SILVA FILHO, 2017, p. 6).

Sendo assim, Silva Filho (2017) defende que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do direito brasileiro, devendo-se afastar a ideia de que a segurança pública justificaria a revista íntima, mesmo quando aplicada a fim de prevenir crimes no âmbito prisional, que por sua vez deveria seguir à risca as medidas estabelecidas na Resolução n.º 5 do CNPCP.

Convém ressaltar ainda, que a Suprema Corte, por unanimidade reputou Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 959.620 Rio Grande do Sul, em relação a controvérsia referente a ilicitude da prova obtida através da revista íntima de visitante. Assim, o tema passará pelo crivo do plenário em momento posterior (BRASIL, 2018).

Paralelamente, é importante mencionar que, no âmbito internacional, a Argentina foi condenada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por ter submetido uma mulher e sua filha de apenas 13 anos ao procedimento de revista íntima, semelhante ao que ocorre no Brasil (OEA, 1996).

Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos dispôs que:

Ao impor uma condição ilegal sobre as visitas à penitenciária sem ter uma ordem judicial ou oferecendo as garantias médicas apropriadas e realizando revisões e inspeções nessas condições, o Estado argentino violou os direitos da Sra. X e de sua filha Y consagrados nos artigos 5, 11 e 17 da Convenção, em relação ao artigo 1.1, que prevê a obrigação do Estado argentino de respeitar e garantir o pleno e livre exercício de todas as disposições reconhecidas na Convenção. No caso de Y, a Comissão conclui que o Estado argentino também violou o artigo 19 da Convenção (OEA, 1996).

Consoante com as decisões supracitadas, extrai-se que no país ainda não se firmou consenso em relação ao procedimento da revista íntima. Alguns entendem que a realização de tal procedimento não enseja a violação da dignidade humana, ao passo que é necessário para a entrada dos visitantes no presídio a fim de garantir a segurança pública como um todo.

Por outro lado, existem posicionamentos contra a realização da revista íntima, os quais consideram que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ou seja, é um supra princípio constitucional que serve de norteador para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Sob essa lógica convém destacar o aludido por Sarlet et al. :

No momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas (SARLET et al., 2018, p. 279).

Ademais, Sarlet et al. (2018, p. 283) consideram que:

A dignidade opera simultaneamente como limite e limite dos limites na seara dos direitos fundamentais, o que, em apertada síntese, significa que (na condição de limite) com fundamento na dignidade da pessoa humana, ou seja, em virtude da necessidade de sua proteção, não só é possível como poderá ser necessário impor restrições a outros direitos fundamentais.

Mediante tais considerações a respeito da dignidade humana e com a constatação de uma crescente evolução tecnológica, donde é de conhecimento público a existência de aparelhos eletrônicos especializados em identificação, como scanners corporais, detectores de metais, raios x, etc., que podem ser usados nos presídios, com o intuito de tornar a revista íntima mais humanizada e erradicar a forma como é feita arbitrariamente, denota-se a negligência estatal em relação ao procedimento, que, por sua vez, ocasiona os mecanismos usado atualmente.

Denota-se que a realidade tecnológica não está tão distante o quanto se imagina. Neste óbice, convém mencionar que alguns estados brasileiros já dão seus primeiros passos em relação a essas inovações, do qual compete apontar o Distrito Federal.

O Conselho Nacional de Justiça noticiou em 09 de julho de 2018 a implantação de scanner corporal na Unidade de Internação de Santa Maria. Segundo Otoni (2018), “o equipamento digital será usado com visitantes em substituição à tradicional revista íntima, tida como vexatória e constrangedora, em um incentivo às visitas dos familiares e à ressocialização dos jovens”. Nesse caso, tal implantação objetiva deixar as visitas aos internos de maneira mais humanizada, além de que contribuem para uma maior aproximação dos familiares e amigos resguardando, todavia, tanto a segurança pública quanto a dignidade do visitante.

Conforme o exposto, considerando a não existência de garantias absolutas, levou-se em conta que em um possível confronto de interesses deverá haver ante ao caso concreto a prevalência da superioridade da dignidade humana, por se tratar de um fundamento do Estado Democrático de Direito e as opções que o Estado possui em relação a aparatos tecnológicos, torna injustificável a premissa de que a dignidade do visitante pode ser restringida em favor da (in) segurança pública na prática desumanizada da revista íntima, em um sistema prisional escasso de recursos. Noutras palavras, a adoção de procedimentos medievais contraria a dignidade da pessoa humana, ao passo que é dever do Estado investir na segurança pública e, assim, adotar meios menos invasivos à intimidade do (a) visitante (a).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A revista íntima é um procedimento adotado como requisito para a entrada de visitantes na grande maioria dos presídios. Procedimento que por sua vez concretiza o direito à visita aos (às) reclusos (as) presente na Lei de Execução Penal, permitindo com que a administração atue de forma a prevenir a entrada de objetos proibidos no cárcere, evitando deste modo, um mal maior.

Não obstante, os visitantes são submetidos a reiterados procedimentos medievais que violam tanto a intimidade física quanto a moral, visto que os expõem a situações de extrema humilhação além de que afetam indiretamente a vida dos (as) encarcerados (as) os prejudicando na sua reabilitação, uma vez que as práticas contínuas desses métodos acabam por afastar o visitante dos presídios.

Consoante ao apresentado no primeiro tópico, o acompanhamento familiar durante a prisão contribui positivamente para a ressocialização do (a) detento (a), de modo que, ao dificultar a concretização desse direito à partir de práticas vexatórias de revista, tem-se reflexo prejudicial na sociedade, ao passo que esse (a) encarcerado (a) regressará para o convívio social e possivelmente sem a base e o amparo familiar voltará a delinquir.

Assim, conforme outrora apresentado a pesquisa buscou-se averiguar se o procedimento da revista íntima viola a dignidade humana.

Entretanto, ao longo do trabalho nos foi apresentado dois pontos contrapostos. Em um deles defende-se a ideia de predominância do princípio da segurança pública fazendo com que o estado exija a prática da revista íntima contrariando o direito à intimidade. Tem-se que com isso, o Estado estaria garantindo a segurança social pelo fato de que impediria o cometimento de ilícitos penais dentro dos estabelecimentos prisionais.

Por outro lado, há quem entenda que a dignidade da pessoa humana constitui o fundamento do direito brasileiro, ou seja, é tratada como um supra princípio, assim, possivelmente em caso de confrontos este deve prevalecer. Tornando-se insustentável o argumento de que pela carência de recursos, seja necessária a prática indiscriminada da revista íntima, ao passo que é dever do estado garantir tanto a segurança pública, quanto a dignidade humana.

Conquanto, diante do confronto envolvendo o princípio da segurança pública e a dignidade da pessoa humana entende-se que esta deverá prevalecer ante a segurança pública ao passo que, nos dias atuais, levando-se em consideração a constante evolução tecnológica não se justifica o uso de métodos que venham a ofender a intimidade do visitante para a concretização da revista. Ou seja, a medida que o mundo evolui e dispõe de aparatos menos vexatórios para a

realização da revista íntima, deixa de prevalecer o princípio da supremacia do interesse público e a segurança jurídica e passa o Estado a ser obrigado a assegurar a dignidade humana.

Logo, constata-se uma negligência estatal seja na destinação de recursos financeiros para adequar os presídios de forma correta, a qual garanta até mesmo aos (às) presos (as) um cumprimento de pena de maneira digna. Além de que se faz imprescindível a viabilização de alternativas preferencialmente de cunho tecnológico a fim de se cumpra tanto o objetivo de coibir a entrada de material proibido no cárcere, quanto a preservação da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, Pedro Austin. **Revista vexatória no Brasil: Contribuições pautadas nos direitos humanos**. 2014. 67 f. Monografia (Curso de Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/5551/1/20920527.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Quadro Relatório Geral de Inspeção nos Estabelecimentos Penais**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/gera\\_relatorio.php?tipo\\_escolha=comarca&opcao\\_escolhida=16&tipoVisao=estabelecimento](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=16&tipoVisao=estabelecimento)>. Acesso em: 20 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 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: 12 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília: Casa Civil, 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 19 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Recurso Especial nº: 1.687.496/RS (2017/0187912-6)**. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/AgravoRegimental\\_RevistaIntima\\_STJ.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/AgravoRegimental_RevistaIntima_STJ.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: Resp 1705448 RS 2017/0271917-0**. Brasília: STJ, 2017. Brasília: STJ, 2015. Disponível em: <[https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533396892/recurso-especial-resp-1705448-rs-2017-0271917-0?ref=topic\\_feed](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/533396892/recurso-especial-resp-1705448-rs-2017-0271917-0?ref=topic_feed)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC 328.843/SP**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 15/10/2015, DJe 9/11/2015. Brasília: STJ, 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/488765216/habeas-corpus-hc-361314-sp-2016-0172764-1>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_, Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo nº 959.620, Rio Grande do Sul**. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=314597237&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CALVI, Pedro. **Sistema Carcerário Brasileiro: Negros e Pobres na Prisão**. In: Câmara dos Deputados Brasília: Comissão de Direitos Humano e Minorias, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em:

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei de Execução Penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GAIDZINSKI, Bianca Rodrigues. **Revista Íntima em Estabelecimentos Prisionais: Conflito entre os Preceitos Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e da Segurança Pública**. 2015. 73 f. Monografia (Curso de Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão. Disponível em: <[http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/110331\\_Bianca.pdf](http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/110331_Bianca.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARIATH, Carlos Roberto. **Limites da Revista Corporal no Âmbito do Sistema Penitenciário**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13588-13589-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Adeildo. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

\_\_\_\_\_. **Da Execução Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ONU. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

OTONI, Luciana. **Notícias Relacionadas**. In: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2018. Disponível em: <<https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/598439002/noticias-relacionadas?ref=serp>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REDE JUSTIÇA CRIMINAL. Boletim Temático: Revista Vexatória. Informativo Rede Justiça Criminal, reedição, jul. 2015. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rede-boletim-revista-vexatoria-2015-web.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 2018.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALES, Valquíria Araújo; VIEIRA, André de Araújo; FERREIRA, Ângela Paula Nunes. **Avanços e desafios na realização da revista íntima dos visitantes dos presídios: Uma análise a partir das penitenciárias do município de Campina Grande – PB**. Campina Grande: CEDIPE, 2016. Disponível em: <[http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos\\_pdf/13\\_revistas\\_intimas\\_visitantes\\_de\\_presidios\\_campina\\_grande.pdf](http://www.cedipe.com.br/3cbpj/docs/artigos_pdf/13_revistas_intimas_visitantes_de_presidios_campina_grande.pdf)>. Acesso em 18 jan. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n.º 1500264-28.2016.8.26.0536**. Apelantes: Ministério Público do Estado de São Paulo (Defensoria Pública). Apelada: Miria Ribeiro de Barros. Relatora: Kenarik Boujikian. Acórdão em 13/08/2018. Publicado em 15/08/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/prova-obtida-meio-revista-vexatoria-reu.pdf>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n.º: 1500264-28.2016.8.26.0536**, do Ministério Público do Estado de São Paulo (Defensoria Pública), São Paulo, SP, 13 de agosto de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Jéssica Souza Scarlatto. **As revistas íntimas realizadas nos visitantes dos presos: A colisão entre os direitos fundamentais de intimidade e segurança**. 2016. 70 f. Monografia (Curso de Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/5974/5683>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

SOUZA, Giselle. **Violação ao CPP: Estudo mostra prisão excessiva de mulheres com gravidez avançada**. Revista Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-12/estudo-mostra-prisao-excessiva-mulheres-gravidez-avancada>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

# **SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.**

Ana Luísa da Silva Rosa<sup>58</sup>  
Andressa Oliveira Lourenço  
Jaqueline Souza da Silva

## **RESUMO**

O objetivo do presente estudo é abordar sobre o tema da responsabilidade civil, especialmente a responsabilidade civil do Estado frente à superpopulação carcerária no nosso sistema penitenciário. Partindo da premissa que todo aquele que violar ato ilícito, tem o dever de reparar, sendo empregado o método exploratório descritivo, com a técnica dedutiva por compilação bibliográfica com análise a doutrinas e outros artigos. Observando-se a repercussão geral do assunto, de tamanha importância para os campos da segurança pública e direitos fundamentais.

**Palavras-chaves:** Ato ilícito; Responsabilidade Civil: Superpopulação Carcerária.

## **INTRODUÇÃO**

O artigo desenvolvido teve como sua essência o tema da responsabilidade civil, com foco na responsabilidade civil do Estado a luz da superpopulação carcerária e do julgamento do Recurso Extraordinário 580.252 pelo Superior Tribunal Federal.

Assim iniciamos em seu primeiro título, o qual discorre sobre as noções gerais da responsabilidade civil, onde conceituamos a responsabilidade civil tendo uma síntese da ideia essencial da tese.

O segundo título leciona acerca da Responsabilidade Civil do Estado, elucidando sobre o tema e trazendo sua fundamentação legal que tem como base a Constituição.

Para tanto, iniciamos o título três esclarecendo cada pressuposto da Responsabilidade Civil do Estado, tratando logo em seguida da teoria do risco administrativo e repartição dos encargos sociais, junto com a responsabilidade civil do Estado por omissão.

Já o penúltimo título trata da superpopulação carcerária, informando os dados mais recentes do sistema prisional, fazendo também comparações entre a lei e a realidade, onde percebemos serem duas premissas de lados opostos, completamente incompatíveis atualmente.

---

<sup>58</sup> Graduandas do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, cursando o 8º período.

Por fim, falamos sobre o Recurso Extraordinário 580.252 julgado pelo STF que é o ponto em que queríamos chegar depois de todas as considerações feitas anteriormente, elucidando e fundamentando o motivo do Recurso ter sido provido, confirmando a Responsabilidade Civil do estado em indenizar os apenados em presídios superlotados.

## **1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

### **2.**

A noção de responsabilidade não está exclusivamente ligada ao campo jurídico. Vai além, sendo também um objeto da moral e da ética alcançando níveis de estudos profundos, todavia, o que realmente importa para nós nesse artigo é a sua concepção jurídica, que mesmo sendo mais estrita ainda é muito abrangente.

Seu significado técnico específico refere-se à situação jurídica de quem descumpriu determinado dever jurídico, causando dano material ou moral a ser reparado.

Sintetiza CARVALHO FILHO (2015, p.569):

Esses dois pontos: o fato e a sua imputabilidade a alguém constituem pressupostos inafastáveis do instituto da responsabilidade. De um lado, a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo, por ele ser o verdadeiro gerador da situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha aptidão jurídica de efetivamente responder a ordem jurídica pela ocorrência do fato.

## **2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Antes do Estado de Direito, defendia-se a irresponsabilidade do Estado, entendendo-se que ao Poder Soberano cumpria apenas a criação e aplicação do Direito, não a subordinação à ordem jurídica criada. O lesado só podia requerer a reparação em face do servidor responsável, iniciativa quase sempre ineficaz, dada a carência de recursos do responsável.

À medida que o número de serviços públicos aumentava, a intervenção do Estado no domínio econômico tornava-se mais ativa, a regra da irresponsabilidade absoluta do Estado mostrava-se insustentável.

O Estado na amplitude de suas obrigações, ao atuar nas esferas legislativa, executiva e judiciária, é suscetível de causar danos a terceiros. Na moderna experiência brasileira, os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, se obrigam a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. (NADER, 2016, p. 39 e 391).

O art. 37, § 6.º, da Constituição de 1988 consolida, definitivamente, a responsabilidade civil objetiva das pessoas de direito público e alarga a sua incidência para englobar as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, assegurando o direito de regresso em face de seus respectivos agentes que respondem de forma subjetiva.

De acordo com a referida norma: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

O art. 43 do Código Civil de 2002, reafirma a responsabilidade objetiva do Estado prevista na atual Constituição. Atualmente, portanto, a regra é a responsabilidade objetiva das pessoas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, bem como a responsabilidade pessoal e subjetiva dos agentes públicos.

### **3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

A configuração da responsabilidade objetiva do Estado pressupõe três elementos: a) fato administrativo (conduta comissiva ou omissiva atribuída ao Poder Público); b) dano; e c) nexo causal.

#### **3.1 Conduta**

A conduta administrativa (fato administrativo) é o primeiro elemento necessário à responsabilização estatal. O Estado somente pode ser responsabilizado pela atuação ou omissão de seus agentes públicos. É preciso, portanto, demonstrar que o dano tem relação direta com o exercício da função pública ou a omissão relevante dos agentes públicos.

Não apenas a conduta administrativa ilícita, mas também a conduta lícita causadora de danos desproporcionais acarreta a responsabilidade do Estado.

#### **3.2 Dano**

A comprovação do dano pode ser definido como lesão a determinado bem jurídico da vítima.

O dano pode ser dividido em duas categorias:

a) material ou patrimonial: lesão ao patrimônio da vítima, avaliado pecuniariamente.

O dano material, por sua vez, divide-se em duas espécies: a. dano emergente: representa a diminuição efetiva e imediata do patrimônio da vítima (ex.: dano suportado pela destruição do veículo); a. lucro cessante: é a diminuição potencial do patrimônio (ex.: na hipótese de o veículo

destruído ser como táxi, o lesado deixará de receber o ganho normalmente esperado com sua atividade profissional);

b) moral ou extrapatrimonial: lesão aos bens personalíssimos, tais como a honra, a imagem e a reputação do lesado. As indenizações por danos materiais e morais, oriundos do mesmo fato, são passíveis de cumulação (Súmula 37 do STJ). Enquanto o dano material deve ser devidamente comprovado pela vítima, o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, decorre do ato lesivo. Da mesma forma, é admitida a cumulação das indenizações por danos estéticos e morais desde que os valores possam ser apurados e quantificados de maneira autônoma (Súmula 387 do STJ). O dano moral pode ser suportado não apenas por pessoas físicas, mas também por pessoas jurídicas, tendo em vista, neste último caso, a lesão à sua honra objetiva (Súmula 227 do STJ). Ao contrário da honra subjetiva, que tem relação com aquilo que cada ser humano pensa sobre si próprio, a honra objetiva está ligada à reputação da pessoa, física ou jurídica, perante a sociedade. A jurisprudência do STJ tem afirmado a inconstitucionalidade da tarifação legal da indenização por danos morais, que deve ser fixada em cada caso concreto levando-se em consideração a efetiva extensão do dano suportado pela vítima, tendo em vista o disposto no art. 5.º, V e X, da CRFB. Nesse sentido, a Súmula 281 do STJ dispõe: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

### **3.3 Nexos de causalidade**

O terceiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado é o nexo de causalidade, que significa a relação de causa e efeito entre a conduta estatal e o dano suportado pela vítima. Diversas teorias procuram explicar o nexo causal, especialmente nas hipóteses de causalidades múltiplas ou concausas, cabendo destacar, exemplificativamente, as seguintes:

a) Teoria da equivalência das condições (equivalência dos antecedentes ou *conditio sine qua non*): de acordo com a presente teoria, elaborada por Von Buri, todos os antecedentes que contribuam de alguma forma para o resultado são equivalentes e considerados causas do dano. A eliminação hipotética de uma dessas condições afastaria a ocorrência do resultado. A principal crítica à teoria é o regresso infinito do nexo de causalidade, acarretando insegurança jurídica e injustiça (ex.: em caso de homicídio, a responsabilidade seria estendida ao fabricante da arma).

b) Teoria da causalidade adequada: elaborada por Ludwig von Bar e desenvolvida por Johannes von Kries, a teoria considera como causa do evento danoso aquela que, em abstrato, seja a mais adequada para a produção do dano. Vale dizer: os antecedentes do evento não são equivalentes, devendo ser considerado como causa do dano apenas o antecedente que tiver maior probabilidade hipotética, a partir daquilo que normalmente ocorre na vida em

sociedade, de produzir o resultado danoso. O problema dessa teoria é imputar o dano a alguém a partir de mero juízo de probabilidade (e não de certeza), que, em razão da ausência de critérios precisos, é pautado por incertezas.

c) Teoria da causalidade direta e imediata (ou teoria da interrupção do nexo causal): os antecedentes do resultado não se equivalem e apenas o evento que se vincular direta e imediatamente com o dano será considerado causa necessária do dano. Apesar de sofrer críticas, notadamente por restringir o nexo causal, dificultando a responsabilização nos casos de danos indiretos ou remotos, a teoria da causalidade direta e imediata foi consagrada no art. 403 do CC.17.

#### **4. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO E REPARTIÇÃO DOS ENCARGOS SOCIAIS**

Os dois fundamentos da responsabilidade civil do Estado são: a teoria do risco administrativo e repartição dos encargos sociais.

A teoria do risco administrativo pressupõe que o Estado assume prerrogativas especiais e tarefas diversas em relação aos cidadãos que possuem riscos de danos inerentes. Em razão dos benefícios gerados à coletividade pelo desenvolvimento das atividades administrativas, os eventuais danos suportados por determinados indivíduos devem ser suportados, igualmente, pela coletividade. O ressarcimento dos prejuízos é efetivado pelo Estado com os recursos públicos, ou seja, oriundos das obrigações tributárias e não tributárias suportadas pelos cidadãos. Dessa forma, a coletividade, que se beneficia com a atividade administrativa, tem o ônus de ressarcir aqueles que sofreram danos em razão dessa mesma atividade. Trata-se da adoção do princípio da repartição dos encargos sociais, vinculado ao princípio da igualdade (isonomia). (OLIVEIRA, 2017, p. 754).

Outra teoria que procura justificar a responsabilidade civil do Estado é a teoria do risco integral, segundo a qual o Estado assumiria integralmente o risco de potenciais danos oriundos de atividades desenvolvidas ou fiscalizadas por ele. Enquanto a teoria do risco administrativo admite a alegação de causas excludentes do nexo causal por parte do Estado, a teoria do risco integral afasta tal possibilidade. Assim, por exemplo, de acordo com o risco integral, o Estado seria responsabilizado mesmo na hipótese de caso fortuito e força maior. (OLIVEIRA, 2017, p. 754).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, como regra, a teoria do risco administrativo, mas parcela da doutrina e da jurisprudência defende a adoção do risco integral

em situações excepcionais. Exs.: responsabilidade por danos ambientais ou ecológicos (art. 225, § 3.º, da CRFB e art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981); responsabilidade por danos nucleares (art. 21, XXIII, d, da CRFB); responsabilidade da União perante terceiros no caso de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo, excluídas as empresas de táxi aéreo (art. 1.º da Lei 10.744/2003).

## **5. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO**

A doutrina e a jurisprudência divergem sobre a natureza da responsabilidade civil nos casos de omissão estatal. Sobre o tema existem três entendimentos:

Primeira posição: responsabilidade objetiva, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB não faz distinção entre condutas comissivas ou omissivas. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.

Segunda posição: responsabilidade subjetiva, com presunção de culpa do Poder Público (presunção *juris tantum* ou relativa), tendo em vista que o Estado, na omissão, não é o causador do dano, mas atua de forma ilícita (com culpa) quando descumpre o dever legal de impedir a ocorrência do dano. O art. 37, § 6.º, da CRFB, ao mencionar os danos causados a terceiros, teve o objetivo de restringir a sua aplicação às condutas comissivas, uma vez que a omissão do Estado, nesse caso, não seria “causa”, mas “condição” do dano. Nesse sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo e Rui Stoco.

Terceira posição: nos casos de omissão genérica, relacionadas ao descumprimento do dever genérico de ação, a responsabilidade é subjetiva. Por outro lado, nas hipóteses de omissão específica, quando o Estado descumpre o dever jurídico específico, a responsabilidade é objetiva. Nesse sentido: Guilherme Couto de Castro e Sergio Cavalieri Filho.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira exprime sua posição com as seguintes palavras:

Entendemos ser objetiva a responsabilidade civil do Estado em virtude de suas omissões juridicamente relevantes, pois o art. 37, § 6.º, da CRFB e o art. 43 do CC, que consagram a teoria do risco administrativo, não fazem distinção entre ação e omissão estatal. Ainda que a omissão não seja causa do resultado danoso, certo é que a inação do Estado contribui para a consumação do dano. É preciso distinguir a omissão natural e a omissão normativa. Enquanto a primeira relaciona-se com a ausência de movimento ou comportamento físico, sem a produção de qualquer resultado (da inércia nada surge), a omissão normativa, por sua vez, pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, gerando, com isso, consequências jurídicas, inclusive a responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade por omissão estatal revela o descumprimento do dever jurídico de impedir a ocorrência de danos. Todavia, somente será possível responsabilizar o Estado nos casos de omissão específica, quando demonstradas a previsibilidade e a evitabilidade do dano, notadamente pela aplicação da teoria da

causalidade direta e imediata quanto ao nexo de causalidade (art. 403 do CC). Vale dizer: a responsabilidade restará configurada nas hipóteses em que o Estado tem a possibilidade de prever e de evitar o dano, mas permanece omissivo. Nas omissões genéricas, em virtude das limitações naturais das pessoas em geral, que não podem estar em todos os lugares ao mesmo tempo, e da inexistência do nexo de causalidade, não há que falar em responsabilidade estatal, sob pena de considerarmos o Estado segurador universal e adotarmos a teoria do risco integral.

Assim, por exemplo, o Estado não é responsável pelos crimes ocorridos em seu território. Todavia, se o Estado é notificado sobre a ocorrência de crimes constantes em determinado local e permanece omissivo, haverá responsabilidade. Outro exemplo típico de omissão específica do Estado, que enseja o dever de indenizar, é o caso envolvendo a guarda de pessoas e coisas perigosas. Conforme já decidiu o STJ, o Estado responde objetivamente pelos danos sofridos por presidiário no interior do estabelecimento prisional. (OLIVEIRA, 2017, p. 763).

## **6. SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: OS DADOS DO SISTEMA PRISIONAL**

O principal fundamento da República federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana, podendo ser entendida, nos ensinamentos de Ingo Sarlet, como sendo:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir de tal concepção, compreendemos que todos os indivíduos devem ser tratados de maneira igual, tendo suas garantias e direitos fundamentais respeitados, não comportando exceções. Nesta mesma linha de pensamento, garante que não é porque determinados indivíduos estão cumprindo pena que não merecem a tutela do Estado. Afinal, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, assegura o respeito à integridade física e moral dos presos.

Temos também a Lei de Execução Penal (7.210/1984), que assegura uma série de direitos e garantias aos apenados espalhados por todo o seu teor, tendo alguns facilmente identificados em seus artigos 40 e 41 que destacamos aqui julgar serem os mais relevantes:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;  
VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

Compete ao Estado então, a responsabilidade de verificar e garantir a compatibilidade entre o cumprimento da pena e o tratamento digno dos que estão sob sua custódia. Destacamos aqui que ao nos referirmos sobre tratamento digno que seria condições mínimas de saúde, higiene, alimentação não estamos falando de um padrão de vida luxuoso, mas de um respeito ao mínimo existencial.

Mesmo com tantos direitos, sabemos que a realidade carcerária do nosso país é deplorável, tendo os direitos humanos fundamentais desrespeitados e o principal problema é a superpopulação carcerária. Com ela, se torna impossível fornecer condições mínimas aos apenados.

Seus motivos são diversos, começando pela maneira de pensar dos agentes estatais que não fazem o mínimo de esforço possível para realizar investimentos no sistema carcerário. Juntamente com a posição da sociedade que vê a situação de insalubridade como uma punição, alguns defendem até penas mais severas como a de tortura e morte, enxergando o indivíduo que é dotado de direitos como uma coisa.

Em agosto de 2018 foram divulgados números relacionados a população carcerária pelo Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0) que segundo os dados há, no Brasil, 602.217 presos. Porém os dados se encontram incompletos pois não foram recolhidos os dados do Estado do Rio Grande do Sul e 15% dos dados de São Paulo. Mesmo assim ao comparar com o número de vagas existentes que é de 368.049, percebemos um déficit de mais de 234,168 vagas levando em conta o aumento progressivo do encarceramento o que traduz a praticamente mais de dois presos por vaga, contrariando o artigo 85 da LEP, segundo o qual o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Tais estatísticas ratificam a existência de uma superpopulação carcerária que não sabe o que é ser tratada com dignidade.

Considerando esses dados, estamos diante de uma omissão a respeito do dever estatal por não garantir um mínimo existencial aos que estão sob seu regime de custódia.

## **7. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252**

Em fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal definiu que o preso submetido a situação degradante e a superlotação na prisão tem direito a indenização do Estado por danos

morais no Recurso Extraordinário (RE) 580252, com repercussão geral reconhecida os ministros fizeram uma indenização de R\$ 2 mil para um condenado, conforme a ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – ATO OMISSIVO DO ESTADO – REPARAÇÃO POR DANO MORAL – PRECEDENTE – NEGATIVA DE SEGUIMENTO. 1. Afasto o sobrestamento anteriormente determinado. Conforme consignado, a sistemática prevista no artigo 1.040 do Código de Processo Civil estabelece, a partir da publicação do acórdão paradigma, a observância do entendimento do Plenário, formalizado sob o ângulo da repercussão geral. 2. O Tribunal de origem confirmou a óptica do Juízo quanto ao dever do Estado de reparar danos morais causados a detentos, levando em conta a superlotação dos presídios e as más condições físicas e sanitárias. No extraordinário, o recorrente afirma a violação dos artigos 2º, 5º, inciso II, e 37, § 6º, da Constituição Federal. Articula com a impertinência da teoria da falta do serviço, dizendo estar em discussão o exercício do poder de polícia. Aduz inexistirem recursos públicos para construção de novas unidades prisionais, aludindo ao princípio da reserva do possível. Aponta ingerência indevida do Poder Judiciário no Executivo. Sobre o tema de fundo, a decisão proferida está em consonância com a jurisprudência do Supremo. O Pleno, no recurso extraordinário nº 580.252, relator o ministro Alexandre de Moraes, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 11 de setembro de 2017, assentou, sob o ângulo da repercussão geral, a obrigação do Estado em ressarcir danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em virtude da falta ou da insuficiência de condições legais de recolhimento. Concluiu que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica dos presos constitui dever estatal, sendo incabível o princípio da reserva do possível. O Estado está compelido pela Lei Maior a manter e preservar a integridade física e moral do preso. A omissão é conducente ao controle judicial, uma vez em jogo direito fundamental versado na Constituição Federal. 3. Nego seguimento ao extraordinário. 4. Publiquem. Brasília, 13 de março de 2018. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (STF - RE: 602252 MS - MATO GROSSO DO SUL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 13/03/2018, Data de Publicação: DJe-051 16/03/2018).

De acordo com o que foi exposto, considerando a teoria geral da responsabilidade civil, pode-se falar que diante do panorama de superpopulação carcerária estão configurados os três requisitos básicos da responsabilidade, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, não havendo discussão acerca da culpa nos casos de responsabilidade subjetiva.

A conduta prejudicial se consubstancia na omissão estatal em propiciar o respeito à integridade dos apenados. Há diversos dispositivos legais além da nossa Carta Maior, que trazem o dever que possuem as autoridades estatais quanto ao fornecimento de uma conjuntura favorável ao cumprimento da pena. Nesse sentido, ao não adotar as providências necessárias para alterar o quadro de superpopulação carcerária, o Estado atua de maneira omissiva quanto ao fornecimento de estrutura presidiária digna.

Dessa forma, alimentação, saúde, integridade física e psíquica, dentre outros direitos são sumariamente aviltados, quando, na verdade, deveria a Administração Pública ser o principal exemplo na efetivação dos direitos fundamentais. Em outros termos: a falta de reformas e melhorias da infraestrutura carcerária, bem como a falta da inspeção nas prisões são elementos

que configuram a omissão estatal, corroborando para a falta de vagas no sistema prisional que é um forte indicativo da existência de dano.

No que tange ao dano, também este é inequívoco, ao considerarmos a integridade física e psíquica dos apenados que se mostra atingida, na medida em que não se fornecem condições de vida em conformidade com o princípio da dignidade humana nos presídios em que há déficit de vagas. Saúde, higiene, educação, trabalho, segurança, nada disso é minimamente satisfeito, contrariamente ao que a LEP preconiza como direito dos presos.

Desse modo, os detentos que se encontram em um ambiente carcerário onde há flagrante desrespeito aos seus direitos básicos estão sujeitos a um dano que, demonstrado o vínculo com a omissão a qual nos referimos anteriormente, faz surgir a responsabilidade estatal, sem necessidade de se perquirir acerca do dolo ou culpa.

Quanto ao nexos de causalidade, temos também que este pode ser facilmente verificado na medida em que o Estado se queda inerte quanto à situação dos apenados. Caso fosse outra a atitude do Poder Público, não haveria de se falar em dano. O dano só existe em razão da omissão estatal. Há verdadeira negligência. Em decorrência dela, o desrespeito se consolida. Repise-se inexistir qualquer causa excludente de responsabilização. Trata-se de mera inércia das entidades públicas, devendo o Estado responder objetivamente, ainda que, exista quem se filie à teoria da culpa administrativa, e, portanto, responsabilidade subjetiva, no caso em comento.

Se, por um lado, o Estado deve instituir políticas com vistas a melhorar as condições carcerárias, por outro também a Administração deve indenizar os danos individuais enquanto a situação não é modificada. Uma coisa não anula a outra. Trazer a teoria da reserva do possível para essa discussão constitui verdadeiro refúgio teórico para afastar a responsabilidade civil do Estado.

O Plenário aprovou também a seguinte tese, para fim de repercussão geral, mencionando o dispositivo da Constituição Federal que prevê a reparação de danos pelo Estado:

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se que sempre que restar demonstrado que o Estado deixou de cumprir uma atribuição legal, foi omissivo em determinado fato e que isso ocasionou prejuízos para terceiros, caberá a responsabilização do Poder Público.

Este é o entendimento adotado pela melhor doutrina e é que o se tem visto em várias decisões judiciais. Resta saber, portanto, se o posicionamento ratificado pelo STF quanto à reparação pecuniária do dano moral é o que deve preponderar com o passar do tempo. Isso porque, conforme verificamos, outros meios indenizatórios podem, eventualmente, se mostrar mais adequados, a exemplo a proposta de remição de pena como mecanismo ressarcitório, defendida por Luís Roberto Barroso.

Em todo o caso, o que temos é uma situação bastante delicada e paradoxal, que merece uma atenção maior por parte dos juristas, uma vez que não se pode admitir, sob hipótese nenhuma, que a Administração continue a desrespeitar direitos que foram árdua e paulatinamente conquistados.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Atlas, 2015.

NADER, Paulo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao88.htm)> Acesso em: set. 2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil. Diário Oficial da União.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017