

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 890

(Ano XI)

(26/01/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

# Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF)** - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

**MARCELO FERNANDO BORSIO (MG)**: Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT)**: Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

**RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina)**: Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

**MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ)**: Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

**KIYOSHI HARADA (SP)**: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

**SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá)**: Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



24/01/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Alterações no feminicídio pela Lei 13.771/18](#)

### ARTIGOS

25/01/2019 Marcelo Moreira Santos Barbosa

» [A inversão das fases licitatórias na modalidade concorrência: um comparativo entre a Lei Estadual Baiana 9.433/05 e a Lei Federal 8.666/93, e a proposta do Projeto de Lei nº 6.814/2017](#)

25/01/2019 Rafael Wanderley de Siqueira Araujo

» [A aplicação imediata aos processos em curso do artigo 1º-f da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009](#)

25/01/2019 Mila Alves de Oliveira Soares

» [Aspectos gerais da responsabilidade civil](#)

24/01/2019 Gilmar Bruno Ribeiro de Carvalho

» [Violência e cidades: em busca da solução para além da cultura armamentista](#)

24/01/2019 Juliana Pedroza Carvalho

» [Delineamento do Instituto da Revelia: da Garantia do Contraditório e da Busca da Verdade no Processo](#)

24/01/2019 Nelson Kenzo Gonçalves Fujino

» [O Advogado como Compliance Officer](#)

23/01/2019 Joaquim Leitão Júnior

» [Comentários à Lei nº. 13.772 de 2018: O novo conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha e o novo delito do art. 216-B do Código Penal Brasileiro](#)

23/01/2019 Mylena Devezas Souza

» [A questão social como obstáculo à coesão social](#)

23/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [Aspectos metodológicos utilizados nas escolas para alunos com síndrome de Down](#)

22/01/2019 Fernanda Cristina Cyriaco

» [Da possibilidade de indenização por abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos](#)

22/01/2019 Monica Thais Souza Ribeiro

» [A apropriação do Estado sobre o corpo da mulher](#)

22/01/2019 Gabriela Frazão de Souza

» [O Neoprocessualismo e suas consequências na Fase Recursal do Novo Código de Processo Civil](#)

22/01/2019 Benigno Núñez Novo

» [O direito de petição](#)

21/01/2019 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Adoção à brasileira: Crime ou causa nobre?](#)

21/01/2019 Telma Aparecida Rostelato

» [Análise do estatuto da pessoa com deficiência e o direito à saúde, no Brasil](#)

21/01/2019 Rômulo Thiago Brantes

» [A aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho](#)

## **ALTERAÇÕES NO FEMINICÍDIO PELA LEI 13.771/18**

### **EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Quando do surgimento da nova qualificadora do homicídio (Feminicídio) por meio da Lei 13. 104/15 tive a oportunidade de escrever sobre o tema sob o aspecto técnico e crítico. [1]

Agora vem a lume a Lei 13.771/18, promovendo algumas relevantes alterações no trato da matéria do Feminicídio.

O artigo 121, § 7º., CP, desde sua origem, previa aumentos de pena da ordem de um terço até a metade nos casos de Feminicídio. O inciso I, que prevê o aumento quando a vítima é gestante ou está no período de até 3 meses após o parto, não sofreu nenhuma alteração, o que é positivo.

Já o inciso II, que antes somente previa o aumento para as vítimas menores de 14 anos e maiores de 60 anos, ou com deficiência, sofreu alteração. Continua prevalecendo o aumento do artigo 121, § 7º., CP em relação ao aumento do mesmo artigo § 4º. , "in fine" quanto à questão etária. No caso do Feminicídio, é previsto aumento diferenciado para quando a vítima é menor de 14 anos ou maior de 60 anos, prevalecendo esta majorante em razão da especialidade.

Também se mantém o aumento para a pessoa com deficiência, sendo de se aplicar normalmente o conceito previsto no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15). Entretanto, ocorre uma ampliação para pessoa "portadora de doenças degenerativas que acarretam condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental". Pode parecer inicialmente que essas pessoas já estariam abrangidas dentre os deficientes, mas isso não é verdade.

As doenças degenerativas que em regra causam debilitação podem ser assim conceituadas:

“Doenças degenerativas são doenças que levam a uma gradual lesão tecidual de caráter irreversível e evolutivo, geralmente limitante sobre as funções vitais, principalmente as de natureza neurológica e osteomusculares. Elas são assim chamadas porque provocam a degeneração da estrutura das células e tecidos afetados e podem envolver todo o organismo: vasos sanguíneos, tecidos, ossos, visão, órgãos internos, cérebro etc. Com o crescimento da idade média da população, as doenças degenerativas – mais comuns nos idosos – têm aumentado na sociedade”. [2]

Como se vê, uma das características dessas doenças é que seus efeitos degenerativos não são bruscos, mas sim graduais. Isso significa que uma portadora de doença degenerativa, em dado momento, pode ainda não ser uma pessoa deficiente, mas apenas uma deficiente potencial.

As principais e mais comuns doenças degenerativas são as seguintes : Alzheimer, Parkinson, esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica, osteoartrose, osteoporose, degeneração dos discos intervertebrais, diabetes, arterioesclerose, hipertensão, algumas espécies de câncer, reumatismo, artrite deformante, artrose e glaucoma. [3] É claro que esta é uma lista meramente exemplificativa. No caso concreto caberá investigar se a vítima de um Feminicídio tinha alguma doença e se tal doença pode ser catalogada como degenerativa e que causa condição limitante. Tal questão deve ser exposta ao Médico Legista, que deverá, tecnicamente, esclarecer a presença ou não dessa condição. Outros documentos ainda podem ser juntados aos autos, tais como atestados médicos, fichas clínicas, receitas, declarações do clínico que tratava da vítima etc. É óbvio que também a prova oral poderá corroborar tal condição. O importante é ter em mente que a vítima não necessariamente será deficiente ainda, mas apenas portadora da doença debilitante. Se, por acaso, a vítima, além de portadora da doença for já uma deficiente. Por exemplo, a vítima que sofria de glaucoma e já está cega. Isso deverá ser levado em conta na dosimetria do aumento de pena, eis que varia entre um terço e metade.

É preciso observar que uma objeção pode ser levantada contra a ampliação oportunizada por essa causa de aumento de pena. Como visto, a pessoa que tem doença degenerativa não é , necessariamente, deficiente, não é deficiente ou vulnerável em ato, mas apenas em potência. E como lecionam Reale e Antiseri:

“Potência e ato são dois significados não definíveis em abstrato, mas ‘demonstráveis’ por meio de exemplos ou de uma experiência direta. Por exemplo, vidente é aquele que neste momento vê (vidente em ato), mas também aquele que tem olhosãos, mas, neste momento os fechou, e não está vendo: este é vidente porque pode ver, e neste sentido é em potência”. [4]

Não havendo vulnerabilidade atual e real, mas apenas em perspectiva, não parece haver motivo justo, proporcional ou razoável para a exacerbação penal. Por exemplo, digamos que uma pessoa sofre de diabetes, mas não tem qualquer deficiência por causa disso, sua força física, sua visão, sua atenção, seu fôlego, tudo funciona bem. O que justifica o aumento? O mesmo ocorre com alguém que sofre de glaucoma, mas faz tratamento com colírio para a pressão dos olhos, não tendo qualquer prejuízo na sua visão. O que justificaria o aumento? Talvez, com o tempo a doutrina e a jurisprudência venham a indicar que, no caso concreto, haverá que aferir se a doença degenerativa causa alguma limitação à pessoa, ainda que não chegue a poder ser considerada uma deficiência nos termos do Estatuto respectivo. Não obstante, não se vê razão para essa ampliação do aumento de pena, sendo o mais correto haver o legislador mantido sua abrangência aos casos de pessoas efetivamente deficientes, seja por efeito de doenças degenerativas, genéticas, acidentes ou seja lá por que motivo for.

O inciso III do artigo 121, § 7º., CP previa o aumento quando o Femicídio fosse perpetrado “na presença de descendente ou de ascendente da vítima”.

Desde a edição da Lei 13.104/15 houve a discussão doutrinária sobre se essa “presença” deveria ser física ou se poderia também ser “virtual”, dado o nível de desenvolvimento tecnológico áudio – visual, informático e telemático em que se vive. A tendência seria, pelo princípio da legalidade, de afastar a virtualidade. No entanto, na atualidade essa não parece ser uma boa opção, de forma que teríamos uma lei atrasada em relação ao estágio de tecnologia da sociedade.

Com sabedoria o legislador alterou a redação do inciso III sob comento, incluindo expressamente a “presença virtual” como ensejadora da majorante. A redação é agora a seguinte: “na presença *física ou virtual* de descendente ou de ascendente da vítima” (grifo nosso). Assim sendo, atualmente põe-se termo à anterior discussão sobre a virtualidade, esta passa a ser, indubitavelmente, ensejadora do aumento de pena. Então, agora não importa se um indivíduo mata uma mãe na presença física dos filhos ou se a mata em local distante, mas transmitindo tal ato por via telemática.



Fica agora outra questão a ser dirimida pela doutrina e jurisprudência, qual seja, a da necessidade ou não de sincronia dos atos e exibição de filmagens, fotos, vídeos etc. Seria necessário, no caso da “presença virtual”, que a morte da vítima fosse praticada e mostrada, ainda que à distância, em situação de simultaneidade? Ou seja, para haver o aumento, o indivíduo deveria matar a vítima e enviar as imagens no exato momento em que a matava? Ou a simultaneidade, o sincronismo não seria necessário? Bastaria que enviasse depois fotos do ato de matança, vídeos, imagens, via web ou por quaisquer outros meios?

Parece que há necessidade de simultaneidade, eis que a lei fala em “presença”, seja ela física ou virtual. Na presença física, por exemplo, se um indivíduo mata uma mulher e depois leva o cadáver e exhibe aos filhos desta, não é possível dizer, por força do Princípio da Legalidade, que a matou na presença dos descendentes. Em situação similar, se o indivíduo mata uma mulher, filma o ato e depois de uma semana o remete aos filhos da vítima, também não se pode dizer que o Feminicídio foi perpetrado na presença dos descendentes. Isso seria o uso indevido de analogia “in mallam partem”, o que é vedado no Direito Penal. É preciso ter em conta que não se deve confundir o verbo “presenciar” (que pode se referir a estar em presença ou a simplesmente assistir algo), com o substantivo “presença”, que exige que se esteja diante de algo ou alguém. Em suma, “presenciar” não exige simultaneidade, mas “presença” ou “na presença” exige sincronismo. Qualquer um pode *presenciar* um fato histórico que ocorreu antes que nascesse, assistindo a um documentário, por exemplo. Mas, ninguém pode afirmar sua *presença* na 1ª. Guerra Mundial se sequer era nascido naquela época. [5] Também, obviamente, se uma eventual foto, gravação, filmagem etc., chega a ser visualizada pelos ascendentes ou descendentes da vítima por ato alheio ao autor do crime, por exemplo, por intermédio da polícia que apreendeu o material, a causa de aumento de pena não pode ser aplicada. Nesse caso, a pretensão de aplicação da exasperação seria uma clara aplicação de responsabilidade penal objetiva ou de “versare in re ilícita”. Já quanto à conduta de o indivíduo agir com requintes de crueldade, remetendo ou exibindo, ainda que posteriormente, o ato de homicídio aos ascendentes ou descendentes da vítima, embora não servindo para o aumento de pena, deveria ser analisado na dosimetria da pena – base, nos termos do artigo 59, CP (especialmente no que tange à sua culpabilidade e circunstâncias do crime).

Antes da Lei 13.771/18 as causas de aumento iam somente até o inciso III. Agora é acrescido um inciso IV. Também passa a haver aumento de pena se o Feminicídio é cometido por ocasião de “descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III, do ‘caput’ do art. 22 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006”. A violação das medidas protetivas pelo agressor de mulher



agora também acarreta aumento de pena no Feminicídio, o que parece bastante justificável. Toda e qualquer medida legal inibitória da infração às medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha é interessante. Note-se, porém, que não é qualquer infração a medidas protetivas que enseja o aumento. Há medidas protetivas previstas também no artigo 23 e 24 e respectivos incisos da mesma Lei 11.340/06, mas sua infração não ocasionará o aumento, vez que a legislação somente faz menção à infração aos casos do artigo 22 do mesmo diploma, ou seja, das “medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor”. Isso é bem lógico, porque o agressor somente pode ser responsabilizado pela infração de *suas* obrigações e não das medidas protetivas de urgência que são dirigidas à ofendida, que é o que ocorre nos artigos 23 e 24. Exemplificando, se um indivíduo é proibido de se aproximar de sua esposa a menos de 200 metros e, infringindo essa proibição judicial ainda vem a matá-la, haverá o aumento de pena (inteligência do artigo 121, § 7º., IV, CP c/c artigo 22, III, “a”, da Lei 11.340/06).

O descumprimento de medidas protetivas que obrigam o agressor também ensejará, no processo ou inquérito que trata da violência anterior ao Feminicídio a possibilidade de decretação de Prisão Preventiva, nos termos dos artigos 311, 312 e 313, III, CPP c/c artigo 20, da Lei 11.340/06. Essa fundamentação, para garantir as medidas protetivas, será possível no caso de tentativa de Feminicídio, porque se for consumado, não haverá mais razão de ser para as medidas protetivas. Isso, porém, não impedirá a preventiva, desta feita, considerando o fundamento da ordem pública (artigo 311 c/c 312, CPP) e a necessária inserção em algum dos casos permissivos do artigo 313, CPP, tirante, obviamente, o inciso III.

Ademais, também em relação ao processo ou inquérito policial no bojo do qual as medidas foram decretadas, haverá responsabilização do infrator pelo crime especial de desobediência ora previsto no artigo 24 – A, da Lei 11.340/06, com a nova redação dada pela Lei 13.641/18. Não há falar em “bis in idem”, porque o aumento de pena ocorre devido à prática do Feminicídio em desobediência às medidas protetivas. Já o artigo 24 – A, da Lei Maria da Penha, se refere, não somente a outro bem jurídico (não a vida, mas a administração da justiça), como também se insere não no processo ou inquérito policial referente ao homicídio qualificado de que se trata, mas no processo ou inquérito policial em que havia a apuração de anterior prática de violência doméstica e familiar contra a mulher e que ensejou a decretação das medidas protetivas de urgência. Portanto, são situações e responsabilizações independentes, não sendo o caso de haver afastamento do artigo 24 – A, da Lei 11.340/06 somente porque houve o aumento da pena do Feminicídio em outra ocorrência. Entretanto, a conexão teleológica que liga a desobediência ao Feminicídio (o agente desobedece a ordem

judicial *para* poder matar a vítima), levará ao julgamento conjunto das infrações pelo Tribunal do Júri, que tem “vis atractiva”, ou seja, a competência do Júri atrai a do processo e julgamento da desobediência. Já a prisão preventiva devido à infração às medidas protetivas, poderá ter fundamento tanto no processo de violência doméstica antecedente, como naquele por Feminicídio.

É preciso salientar por derradeiro que esses aumentos novos previstos pela Lei 13.771/18, somente poderão ser aplicados a casos posteriores à sua entrada em vigor, eis que constituem “novatio legis in pejus”, não podendo retroagir a Feminicídios ocorridos anteriormente.

## REFERÊNCIAS

ABCMED. Conhecendo melhor as doenças degenerativas. Disponível em <https://www.abc.med.br/p/sinais.-sintomas-e-doencas/756377/conhecendo+melhor+as+doencas+degenerativas.htm> , acesso em 10.01.2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: Lei 13.104/15 consagra a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37148/feminicidio> , acesso em 10.01.2019.

DIFERENÇA entre presenciar e presença. Disponível em <https://www.dicionarioinformal.com.br/diferenca-entre/presenciar/presen%C3%A7a/> , acesso em 10.01.2019.

REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume 1. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003.

## NOTAS:

[1] CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: Lei 13.104/15 consagra a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/37148/feminicidio> , acesso em 10.01.2019.

[2] ABCMED. Conhecendo melhor as doenças degenerativas. Disponível em <https://www.abc.med.br/p/sinais.-sintomas-e-doencas/756377/conhecendo+melhor+as+doencas+degenerativas.htm> , acesso em 10.01.2019.

[3] Op. Cit.

[4] REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. Volume 1. Trad. Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2003, p. 193.

[5] DIFERENÇA entre presenciar e presença. Disponível em <https://www.dicionarioinformal.com.br/diferenca-entre/presenciar/presen%C3%A7a/>, acesso em 10.01.2019.

## **A INVERSÃO DAS FASES LICITATÓRIAS NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA: UM COMPARATIVO ENTRE A LEI ESTADUAL BAIANA 9.433/05 E A LEI FEDERAL 8.666/93, E A PROPOSTA DO PROJETO DE LEI Nº 6.814/2017**

**MARCELO MOREIRA SANTOS BARBOSA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Católica  
do Salvador.

**BÁRBARA CAMARDELLI LOI** [\[1\]](#)

**(Orientadora)**

**Resumo:** O presente artigo visa abordar os aspectos da inversão das fases licitatórias (habilitação e proposta) nas concorrências públicas, efetuando um comparativo entre a Lei Federal nº 8.666/93 e a Lei do Estado da Bahia nº 9.433/05, bem como a proposta do projeto de lei nº 6.814/17, apresentando as vantagens desta modificação procedimental. Em um primeiro momento, será abordado o procedimento da licitação, cuja modalidade seja concorrência, sob a ótica da lei federal de licitações. Em seguida, será exteriorizado este aspecto sob o prisma da lei estadual baiana e as vantagens adquiridas com esta inversão, com exposição de dados concretos, demonstrando, de fato, que é possível obter retorno e estabilidade significativa para coletividade, além de apresentar a previsão da inversão de fases no PL 6814/2017.

**Palavras-Chaves:** Licitação, Modalidade de Licitação, Concorrência, Fases da licitação.

**Abstract:** The present article aims to address the inversion aspects of the bidding phases of the public biddings (qualification and proposal), comparing Federal Law 8,666 / 93 and Bahia State Law 9,433 / 05, as well as the project proposal of Law No. 6.814 / 17, presenting the advantages of this procedural modification. At first, the bidding procedure will be addressed, whose modality is competition from the perspective of the federal bidding law. Next, this aspect will be externalized under the prism of Bahian state law and the advantages gained from this inversion, with the exposition of concrete data, demonstrating, in fact, that it is possible to obtain return and significant stability for collectivity.

**Keywords:** Bidding, Bidding Mode, Competition, Bidding Phases.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1. DA LICITAÇÃO E DAS MODALIDADES PREVISTAS; 2. A ORDEM DAS FASES LICITATÓRIAS DA MODALIDADE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93; 3. A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS A LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 6814/2017. ;4. A INVERSÃO DAS FASES DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS E HABILITAÇÃO DA MODALIDADE CONCORRÊNCIA À LUZ DA LEI ESTADUAL DA BAHIA; 5. AS VANTAGENS OBTIDAS COM A INVERSÃO DAS FASES, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, NAS LICITAÇÕES BAIANAS; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

---

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, bem como em seu art. 175, prevê a obrigatoriedade do Poder Público em licitar para que possa chegar a um contrato que atenda aos interesses da coletividade, ou seja, para que haja um contrato com a Administração Pública é necessário que ocorra uma licitação pública prévia, observando as exceções previstas em lei.

A Administração Pública, na sua atuação, é pautada por leis e princípios que norteiam e regulam suas ações externas e internas. O Poder Público não atua como as empresas privadas para a obtenção de bens e serviços em razão do poder da supremacia do ente estatal, que visa à satisfação da coletividade, garantindo o contrato mais vantajoso ao interesse público, eis que deve gerir a máquina pública e preservar o equilíbrio social. Por isso, o legislador elaborou em 1.993, a Lei Federal n. 8.666, criando critérios e procedimentos que o ente público deve adotar na obtenção de bens e serviços, pautados principalmente nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, isonomia, igualdade, probidade administrativa e na seleção da proposta mais vantajosa, sem liberdade ao gestor público para abrir margens a escolhas desvirtuadas do interesse coletivo. A licitação é utilizada como o procedimento assegurador da igualdade de condições para aqueles que se interessem em celebrar um contrato com o Poder Público, observando as fases e critérios previstos em lei, evitando a transformação do patrimônio público em privado, bem como

o direcionamento dos recursos de acordo com os interesses pessoais dos administradores.

A lei nº 8.666/93, conhecida como a Lei de Licitações, é a norma geral que regula a licitação em âmbito nacional, abordando critérios objetivos que devem ser observados pela Administração Pública em seus processos licitatórios, sendo, no entanto, permitida a edição de legislações estaduais versando sobre licitação, as quais abordarão normas mais específicas, mas sem contrariar a norma geral anteriormente editada. Essa prerrogativa dos Estados em criar suas próprias normas licitatórias tem o escopo de adequar os preceitos previstos na norma geral com a realidade vivida em cada Estado, buscando o melhor e mais econômico atendimento das necessidades de cada ente federativo.<sup>[2]</sup> Na Câmara dos Deputados Federais, atualmente, está em tramitação o projeto de lei nº 6814/2017, que tem o escopo de trazer uma nova visão acerca das licitações e dos contratos administrativos em âmbito nacional, propondo diversas alterações interessantes e inovadoras, que terão reflexos relevantes, na prática, principalmente com relação aos contratos celebrados com a Administração Pública.

O referido projeto de lei trouxe uma nova modalidade licitatória chamada diálogo competitivo; permitirá a utilização da modalidade pregão para contratações de obras e serviços de engenharia comum; prevê, também, que as licitações serão realizadas, via de regra, de forma eletrônica, sendo uma exceção a forma presencial; e, dentre tantas alterações, adota a inversão das fases licitatórias, habilitação e julgamento das propostas como regra geral, o que será o escopo central e exclusivo deste trabalho, analisando-se esta inversão ventilada no referido projeto de lei na modalidade concorrência.

No Brasil, atualmente, existem sete modalidades de licitação, cinco previstas no art. 22, da Lei nº 8.666/93, uma instituída pela Lei 10.520/02 e outra pela lei nº 12.462/11, cada qual possuindo fases e procedimentos próprios. São elas, respectivamente: Concorrência, Tomada de preço, Convite, Concurso, Leilão, Pregão e RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas). A modalidade mais complexa, com maior burocracia e critérios específicos, é a concorrência. Esta modalidade é utilizada, via de regra, para aquelas contratações de grande vulto, ou seja, aquelas de maior relevância e complexidade para o interesse público.



Duas das fases licitatórias previstas no ordenamento jurídico consistem na habilitação e no julgamento das propostas mais vantajosas. A ordem das fases licitatória é obedecida conforme a modalidade utilizada pela Administração Pública de acordo ao objeto que deseja contratar. No entanto, há possibilidade de inversão de ordem das fases de habilitação e julgamento das propostas, visando uma maior simplicidade, eficiência e economicidade no tramite do processo licitatório, tendo em vista a burocracia relacionada à análise dos documentos requisitados no instrumento convocatório por parte da Administração Pública.

O presente artigo visa examinar os aspectos relativos a esta inversão de fases, efetuando uma comparação da legislação federal, da legislação estadual, e do projeto de lei 6.814/2017, demonstrando os possíveis benefícios que a inversão citada pode trazer para o procedimento licitatório em âmbito nacional. Sendo assim, será apresentado um panorama geral da licitação sob a ótica da Lei Federal com enfoque na modalidade concorrência, efetuando uma análise sobre a abordagem Lei Estadual da Bahia nas licitações que tenho como modalidade a concorrência, trazendo os benefícios alcançados e comparando com o projeto de lei nº 6.814/2017, demonstrando, ainda, que esses benefícios podem ser úteis para licitação em âmbito nacional voltado para modalidade concorrência em caso de aprovação do referido projeto de lei.

Será realizada coleta de informações de livros, artigos relacionados ao tema, posicionamentos doutrinários. Desta forma, tem como característica o método bibliográfico acerca do tema licitação e sua modalidade concorrência, delimitando a pesquisa no âmbito do estado da Bahia e na lei estadual baiana, comparando-o com a lei federal de licitações, com o escopo de demonstrar os pontos positivos da inversão das fases de habilitação e proposta na modalidade concorrência.

Além disso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, pois parte do problema da morosidade no procedimento licitatório, buscando e sugerindo soluções que, posteriormente, poderão ser analisadas de forma pormenorizadas, bem como o procedimento comparativo eis que será analisada a lei federal de licitação em cotejo com a lei estadual da Bahia, tendo como enfoque a modalidade concorrência e suas fases.

Em seguida, será destacada a relevância da inversão das fases licitatórias, no sentido de fixar o entendimento acerca da celeridade do

trâmite de contratação no âmbito da Administração Pública. Nesse mesmo diapasão, serão evidenciadas as mudanças previstas no Projeto de Lei nº 6.814/2017, chamada de “Nova lei de Licitação”, expondo vantagens da inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas, visando a satisfação do interesse coletivo.

## **1. DA LICITAÇÃO E DAS MODALIDADES PREVISTAS.**

A licitação foi implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 1862, por meio do Decreto nº 2.926 de 14 de maio daquele mesmo ano. Ao longo do tempo, este procedimento foi evoluindo e muitos regulamentos foram editados visando sua melhoria e aperfeiçoamento. O primeiro Decreto de nº 4.536 de 1922 criou o Código de Contabilidade da União nesse período, em seguida veio o Decreto-Lei nº 2.300 de 1986 que instituiu o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos.

É possível observar que todos esses regulamentos tinham um único propósito: a melhoria e consolidação do ordenamento jurídico vigente. Mas, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a licitação passou a ser tratada como princípio constitucional, criando uma obrigatoriedade quanto ao seu cumprimento e constituindo como crime a sua inobservância.

Assim, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aproveita parcialmente o conceito de José Roberto Dromi, Licitação é:

... procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Como já pontuado na Introdução deste artigo, existem sete tipos de modalidades licitatórias no ordenamento jurídico brasileiro, cinco previstas na norma geral de licitações e outras duas previstas em leis esparsas. A lei nº 8.666/93 traz como modalidades licitatórias a tomada de preço, o convite, o concurso, leilão e a concorrência. A lei nº 10.520/02 traz uma sexta modalidade conhecida como pregão; e a lei nº 12.462/11 prevê uma sétima modalidade licitatória chamada de Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

A Concorrência é aquela modalidade utilizada para contratações de grande impacto financeiro. No art. 22, §1º, da lei nº 8.666/93, vem definida: "*Art. 22, § 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto*".

O doutrinador Matheus Carvalho assevera que a Concorrência é:

É a modalidade de licitação adequada para a contratações de grande vulto, sendo garantidora da competição, sem limite de ingresso, com o procedimento amplo, abarcando todas as fases, desde a análise de documentação, até a escolha das propostas. Por isso, é considerada uma modalidade genérica onde podem participar quaisquer interessados. Esta é a maior característica da concorrência, qual seja, a amplitude dos participantes.

Assim, conforme previsão legal, bem como o posicionamento doutrinário mencionado, é a modalidade que contém o procedimento mais rigoroso, sem haver suprimento de etapas, com um intervalo mínimo de 45 dias caso a concorrência seja do tipo melhor técnica ou técnica e preço; e de 30 dias para concorrência que seja do tipo menor preço ou maior lance.

A Tomada de Preço, por sua vez, é a modalidade prevista no inciso II do art. 22 da lei de licitações, e é utilizada para aquelas contratações cujo valor esteja acima do limite da modalidade Convite e abaixo da Concorrência, tendo uma restrição maior quanto aos licitantes além de ter um processo mais básico.

Deste modelo, podem participar apenas aqueles que estejam inscritos em cadastro público, admitindo-se, ainda, aqueles que atendam as condições do cadastramento, desde que seja até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas. Nesta modalidade, não há a figura da habilitação, eis que esta etapa é suprida pelo cadastramento público, fase prévia necessária para que os licitantes possam participar do certame. Sendo assim, o procedimento torna-se mais célere e sumário.

O Convite é conceituado no parágrafo 3º do art. 22 da lei nº 8.666/93:

Art. 22, § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

Esta modalidade é a mais simples prevista na lei federal de licitações, pois é utilizada para aquelas contratações de pequeno vulto e comporta um menor formalismo. Entende-se por pequeno vulto, no âmbito da lei federal, aquelas obras e serviços cujo valor seja de até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) e com relação a compras de bens e aquisição de outros serviços cujo valor seja até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) – valores atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018.

Diferentemente das outras modalidades, o convite não utiliza o edital como instrumento convocatório e sim a carta convite, sendo esta publicada após o convite da administração pública, no Diário Oficial, eis que todo ato do Estado deve respeitar o princípio da publicidade. Quanto à participação dos licitantes nos certames em que utilizada a modalidade convite, esta é feita de forma discricionária pela Administração Pública, devendo-se observar as peculiaridades previstas em lei.

Outra modalidade prevista na lei federal de licitações é o Concurso. Constante no Art. 22, §4º, é conceituada como a modalidade de licitação que objetiva a escolha de trabalho técnico, científico ou artísticos, mediante instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios previstos no instrumento convocatório. Esta modalidade também é utilizada para contratações de serviços técnicos profissionais especializados como preconiza o art. 13 da lei nº 8.666/93.

Não se pode emaranhar o concurso modalidade licitatória com o concurso público que tem o escopo de prover cargos públicos no arranjo da Administração Pública Direta e Indireta, tornando o selecionado agente público, ao estabelecer um liame de trabalho com o Poder Público. Já o concurso previsto na lei de licitações tem o mero objetivo de selecionar

trabalho técnico, artístico ou científico, por intermédio de premiações ao vencedor, não havendo quaisquer contratações de emprego.

Nas licitações que, porventura, utilizem a modalidade ora referida, seu procedimento será definido por regulamento próprio, pois não há previsão deste na lei nº 8.666/93. Assim, não se pode utilizar os critérios de escolha do vencedor previsto neste diploma legal, devendo ser trazido no regulamento todos os critérios a serem seguidos no certame.

O leilão é outra modalidade licitatória prevista na lei nº 8.666/93, no art. 22, §5º, conceituado da seguinte forma:

Art. 22, §5º - Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Desta feita, pode-se afirmar que o leilão é aquela modalidade que serve para alienação de bens móveis inservíveis e bens imóveis que fora objeto de decisão judicial ou dação em pagamento, segundo previsão legal, empenhado pelo particular ao ente público com o escopo de gerar renda. Será realizado pelo leiloeiro, que pode ser oficial ou servidor designado pela Administração Pública para cumprir esta função.

É de se observar que esta modalidade não possui comissão de licitação eis que há a figura do leiloeiro, procedendo esta modalidade sempre pelo tipo maior lance. Assim como o concurso, o leilão não possui previsão na lei federal de licitações acerca de seu procedimento, desta forma, deverá seguir os princípios e regras contidas na lei nº 8.666/93, sendo seu procedimento regulado pelo Direito Comercial.

O pregão é a modalidade regulamentada pela lei nº 10.520/02, aberto para todo público, inclusive via internet, onde qualquer cidadão interessado pode acompanhar o processo licitatório em curso, os valores de cada lance efetuado, o vencedor e até a duração da disputa, contribuindo para a redução dos gastos e garante uma maior agilidade nas contratações públicas.

Seu procedimento, segundo a lei nº 10.520/02, segue a seguinte ordem: edital, julgamento e classificação das propostas, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação. É perfeitamente possível



identificar que as fases que são utilizadas na modalidade pregão são as mesmas que se utiliza na modalidade concorrência, havendo uma peculiaridade que os distinguem quanto ao prosseguimento. Além disso, em 2005, através do Decreto Presidencial nº 5.450/05, instituiu-se no Brasil o pregão na forma eletrônica, onde as disputas ocorrem em salas virtuais.

Há, aqui, a figura da inversão das fases no procedimento licitatório da habilitação com relação ao julgamento das propostas, e esta nova forma procedimental, que é utilizada com maior frequência nos dias atuais, foi implementada de forma pioneira pela lei nº 10.520/02, trazendo um novo olhar para o procedimento licitatório no Brasil, fixando ainda mais a celeridade e simplicidade na licitação.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi instituído com o objetivo de determinar um procedimento exclusivo para contratações necessárias à realização dos Jogos Olímpicos de 2016, Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014. Essa legislação já sofreu algumas alterações, adequando sua aplicação a outros tipos de contratações. Essa modalidade tem o objetivo de garantir uma maior celeridade nas contratações, de forma simples e atendendo aos termos legais. Algumas peculiaridades distinguem o RDC daquelas modalidades previstas na norma geral, tais como: indicação de marca; contratação integrada; parcelamento do objeto; contratação simultânea, inversão das fases de habilitação e proposta, dentre outras. Nesta modalidade, a inversão das fases é utilizada como regra geral, o que resulta em procedimento mais célere, econômico e vantajoso para o Poder Público visando, sempre, o interesse coletivo.

Vale salientar que, desde a vigência da lei que regula o RDC esta forma procedimental é utilizada, ratificando a aceitação da Administração Pública na utilização deste método com o escopo, sempre, de realizar as melhores contratações. Insta finalizar que, para Di Pietro (2016, pág. 458), o Regime Diferenciado de Contratação – RDC, instituído pela Lei Federal nº 12.462/11, é modalidade empregada em casos específicos.

## **2. A ORDEM DAS FASES LICITATÓRIAS NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA SOB A ÓTICA DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93.**

Todas as modalidades previstas neste ordenamento possuem fases obrigatórias à perfeição do procedimento. Identificam-se, inicialmente, duas fases: uma interna e outra externa. A fase interna é o momento de organização interna



da Administração Pública para realizar o certame. Primeiramente, haverá a exposição de motivos da contratação, em seguida uma declaração de adequação orçamentária, designação da comissão que realizará a licitação; e, por fim, elaboração da minuta do edital.

Vale destacar que, nesta fase inicial, não mais há a necessidade de verificar se o orçamento anual da Administração Pública possui recursos para aquela contratação, e sim que possua uma previsão de recursos disponíveis para determinadas contratações, como bem assevera Matheus Carvalho: *"... o poder público deve ter um orçamento definindo o valor máximo que está disposto a pagar pela aquisição do bem ou serviço ou pela execução da obra a ser contratada"*.

A fase externa do procedimento licitatório inicia-se com a publicação do edital, momento em que a Administração Pública torna de conhecimento geral o certame a ser realizado. Edital, segundo Dirley da Cunha Junior, é: *"o ato com base no qual a Administração Pública deflagra o procedimento licitatório, divulgando a abertura da concorrência, fixando os requisitos para a participação e definindo o objeto e as condições do contrato"*. Nesse sentido, pode-se afirmar que o edital é a lei da licitação em andamento, no qual todos os participantes e a Administração Pública estão obrigatoriamente vinculados, observando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório[3].

O art. 39 da lei nº 8.666/93 prevê que, em caso de licitações realizadas com o escopo de celebrar contratações cujos valores sejam muito elevados, é obrigatoriamente necessária a realização de uma audiência pública, sendo este o meio que dará ampla publicidade a esses tipos de certames, ou seja, o que dará início as licitações nesses moldes será a audiência pública e não o edital[4].

Licitações simultâneas, conforme prevê o parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.666/93, são aquelas com objeto similar e que, entre a licitação anterior e realização de uma nova, o intervalo temporal não seja superior a 30 dias, ou seja, é um certame que é realizado em uma distância de tempo curta com relação ao procedimento anterior; possui uma maior urgência com relação a manutenção do objeto. Já as sucessivas não possuem essa urgência, pois, apesar de possuírem, também, objetos similares, a data prevista para a realização do certame

subsequente será anterior a 120 dias após o término do contrato da licitação anterior. (parágrafo único do Art. 39 da Lei nº 8.666/93).

Superando esta etapa, a fase externa da licitação é iniciada com a publicação do edital convocatório. O edital será publicado em diário oficial e em periódico de grande circulação, conforme art. 21 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública. A lei prevê que qualquer pessoa do povo poderá oferecer impugnação ao edital, desde que o faça até o quinto dia útil anterior à data prevista para abertura dos envelopes, tendo à Administração três dias úteis para resolvê-las. (art. 41, §1º da Lei nº 8.666/93)

Aos participantes do certame é cabível a apresentação de impugnação ao instrumento convocatório, devendo apresentá-lo até o segundo dia útil anterior à data estipulada para abertura dos envelopes e, se assim não o fizer no prazo estipulado em lei, terá seu direito precluído, não podendo exercê-lo em vias administrativas. Vale ressaltar que, como bem assevera Matheus Carvalho, este ato de impugnar o edital, previsto no art. 41 do diploma já citado, é meramente administrativo, ou seja, isso não impede que tanto pessoa do povo como o próprio participante da licitação impugnem pelas vias judiciais.

O potencial licitante também poderá apresentar Impugnação, porém seu prazo é até o 2º dia útil anterior à data de abertura dos envelopes". (art. 41, §2º). Se o potencial licitante não impugnar dentro do prazo, decairá o direito de fazê-lo na via administrativa, o que não impede de fazê-lo judicialmente.

As impugnações ao edital não são consideradas recurso, na lei de licitações e não gozam de efeito suspensivo, sendo assim, o procedimento licitatório segue o seu curso, mesmo antes de ser proferido qualquer julgamento pela Administração Pública.

Publicado o edital, prossegue-se com a habilitação que nada mais é do que a verificação dos documentos e requisitos do participante e tem como escopo garantir uma maior segurança a Administração Pública de que caso aquele licitante seja o vencedor do certame ele tenha condições técnicas e financeiras para cumprir o contrato celebrado, obedecendo aos critérios previstos em lei.

Certificada a procedência de todos os documentos necessários para cumprir a fase de habilitação, passa-se para o julgamento e classificação das propostas. Nesta fase será realizado, primeiramente, o filtro das propostas, ou seja, separar aquelas que estejam aptas daquelas defeituosas. Feito isso, passa-se para à análise das propostas aptas, observando os critérios e elementos previamente estipulados no instrumento convocatório, em conformidade com o princípio do julgamento objetivo, sob pena de nulidade da licitação.

Esta etapa é dividida em dois momentos: em um primeiro momento, é realizada a abertura dos envelopes, em ato público, onde será lavrada a ata circunstanciada, assinada pelos participantes presentes e pela Comissão organizadora do certame. Após a abertura dos envelopes, todas as propostas serão rubricadas, pois caso seja identificada qualquer violação dos envelopes ou até mesmo favorecimento de algum participante em prol dos demais, o procedimento será nulo.

Em um segundo momento, procede-se com o julgamento das propostas, observando os critérios previstos no edital. Em caso de empate, a lei nº 8.666/93 prevê que será observada algumas preferências como critério de desempate, quais sejam:

“Art. 3º ...

§1º ...

§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - Revogada

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em

lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Sendo observados tais critérios e ainda sim permanecer o empate, o mesmo diploma disciplina que será realizado um sorteio, em ato público, onde todos os licitantes serão convocados, vejamos: *“Art. 45, §2º: No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”*.

Superada esta fase, o Poder Público procederá à homologação, que nada mais é do que a aprovação do procedimento licitatório, é o momento em que se verifica se há algum vício no certame, pela autoridade competente. Havendo vício sanáveis, a autoridade determinará seu saneamento. Estando todo o procedimento em conformidade com o instrumento convocatório e a legislação vigente, será homologado. Poderá, a autoridade competente, em razão do interesse público, decorrente de fato superveniente e devidamente comprovado, revogar o certame.

Concluídas todas as fases anteriormente citadas, a Administração Pública finaliza o certame com a adjudicação. Trata-se de uma declaração feita pelo Poder Público informando que o objeto da licitação fora entregue ao vencedor, o que não se pode confundir com a celebração do contrato, que será realizada em ato contínuo à adjudicação após a convocação do vencedor, pela Administração Pública, para assinatura do contrato.

Esses dois atos são vinculados, ou seja, não se pode haver contrato sem a adjudicação, pois as únicas hipóteses em que a não haverá a adjudicação é em caso de anulação ou revogação do procedimento licitatório.

### **3. A INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS A LUZ DO PROJETO DE LEI Nº 6814/2017.**

O projeto de lei nº 6814/2017, inicialmente oferecido pelo Senado Federal sob o nº 559/2013, tem o escopo de trazer uma nova visão acerca da licitação e dos contratos administrativos em âmbito nacional, além de revogar as leis nº 8.666/93, 10.520/02 e parte da lei nº 12.462/11.

No início do presente trabalho, foram citadas algumas inovações que o referido projeto de lei propõe em trazer para o cenário nacional em matéria de licitação. Mas, o intuito aqui se volta a analisar a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, relacionada à modalidade concorrência pública.

O projeto de lei nº 6814/2017 traz, como regra geral, que as fases de abertura dos envelopes e o julgamento serão realizadas anteriormente à fase de habilitação, conforme art. 15 do PL 6814/2014, vejamos:

Art. 15 do PL 6814/2017: O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I – preparatória;
- II – publicação do edital de licitação;
- III – apresentação de propostas e lance, quando for o caso;
- IV – julgamento;
- V – habilitação;
- VI – recursal;
- VII – homologação.

É prevista, também, a utilização da atual ordem das fases licitatórias, mas de forma excepcional, desde que seja motivada com as razões dos benefícios decorrentes da inversão e esteja expressamente prevista no instrumento convocatório, consoante o parágrafo 1º do artigo 15 do mencionado PL: *"§1º A fase de que se trata o inciso V do caput poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput, desde que expressamente previsto no edital de licitação"*.

Nesse sentido, é perfeitamente possível entender que a norma em tramitação no Congresso Nacional propõe trazer, para norma geral, aquilo que alguns entes federados já utilizavam em suas legislações estaduais, possibilitando, assim, que o país consiga atingir todas as vantagens adquiridas nos estados e que serão expostos nos próximos tópicos.

#### **4. A INVERSÃO DAS FASES DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS E HABILITAÇÃO NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA À LUZ DA LEI ESTADUAL DA BAHIA.**

Conforme preconiza o art. 22, XXVII, da Constituição Federal, compete à União legislar, privativamente, acerca da matéria licitação. No entanto, essa competência não retira dos Estados a competência suplementar prevista no art. 24, §2º da CF. Nesse contexto, a norma federal de licitação não apresenta nenhum impedimento aos estados de criarem seus próprios instrumentos de regulação, desde que não sejam contrários ao instrumento federal, o qual instituiu uma regra geral, sem preocupar-se com peculiaridades.

Segundo pesquisadores da matéria, existiria uma incongruência quanto a ser ou não constitucional as legislações estaduais que versavam sobre licitação. É sabido que a Carta Magna, de forma expressa, retirou dos Estados a competência para legislar acerca da matéria licitação e contratos administrativos e exauriu todo o tema na norma geral. Inverter as fases licitatórias, segundo pesquisadores da matéria, só seria possível mediante lei federal.

No ano de 2005, com o escopo de atender as suas necessidades, o Estado da Bahia, criou a lei n. 9.433/2005, conhecida como a lei de licitações e contratos administrativos do Estado da Bahia. Neste instrumento, o procedimento licitatório encontra previsão no art. 78. Segundo a legislação estadual da Bahia, o procedimento licitatório, via de regra, é iniciado pela abertura dos envelopes das propostas, prosseguindo, após a superação da fase anterior, com a habilitação dos classificados. Vale destacar que o §9º do mesmo artigo explica que esse procedimento aplica-se apenas nas modalidades concorrência, tomada de preço e, no que couber, na modalidade convite, não sendo possível a aplicação desta regra a todas as modalidades.

Destacam-se, dentre os princípios norteadores da licitação, dois que serviram de base para justificar e comprovar a melhoria da inversão das fases: os princípios da igualdade e do julgamento objetivo.

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que está visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que implique preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. (Pietro, 2011 p. 314)



Já o princípio do julgamento objetivo, que prega a obediência ao quanto estipulado no instrumento convocatório, é perfeitamente conceituado por Hely Lopes Meirelles<sup>[5]</sup>:

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que seu julgamento se apoie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o quê se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento. (Meirelles, 2006 p. 278)

Observando tais princípios, a Bahia, em seus procedimentos licitatórios, utilizando a inversão das fases, ampliou o número de participante nos certames cuja modalidade seja concorrência e, com isso, atingiu um patamar maior de igualdade, amplitude, celeridade, economicidade e eficiência no andamento de suas licitações, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

Seguindo-se o rito da legislação baiana, a proposta de preços possui poucos itens controvertidos, ocorrendo, em alguns processos, a abertura dos envelopes de habilitação na própria sessão, quando existe recusa manifesta de interposição de recurso por todos os interessados.

Pode ocorrer que os licitantes manifestem o desejo de interpor recurso quanto ao julgamento de proposta de preço, ficando a licitação suspensa até o julgamento do recurso interposto. Porém, servindo como exemplo, ao analisar as licitações instauradas pela SIT<sup>[6]</sup>, na modalidade concorrência pública, nota-se que no período de 2018, em sessenta e sete concorrências, a unidade citada promoveu a abertura dos envelopes das propostas de preço e habilitação na mesma sessão, tendo os interessados deixados de lado o direito de interpor recurso na fase de julgamento da proposta, demonstrando, deste modo, a eficiência e rapidez na inversão instituída.

Tal alteração é de grande relevância, pois proporciona uma celeridade e simplicidade nos certames em que a Administração Pública licita, buscando sempre a obtenção da proposta mais vantajosa bem como contentamento do interesse público, o que serviu de parâmetro para que alguns doutrinadores sugerissem uma reanálise da matéria no cenário nacional, dando início a tramitação do projeto de lei, nº 6.814/2017, denominado como a nova lei de licitação, que, como visto, propõe a inversão das fases, trazida pela lei do pregão e instituída na legislação baiana de licitação.

Observa-se que grande parte dos estados federativos não possuem normas internas que regulem as suas licitações. Nesse sentido, asseveram as doutrinadoras Edite Hupsel e Leyla Bianca, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia”, que o grande desafio gira em torno dos entes federados disciplinarem seus procedimentos licitatórios em observância com sua realidade social, desde que não contrariem a normal geral, bem como os princípios norteadores, fazendo com que a licitação atinja um patamar de economicidade e eficiência na obtenção da proposta mais vantajosa.

#### **5. AS VANTAGENS OBTIDAS COM A INVERSÃO DAS FASES LICITATÓRIAS, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA, NAS LICITAÇÕES BAIANAS.**

Na Bahia, a licitação observa a ordem das fases prevista na lei nº 9.433/05, e como regra geral, tem-se a inversão das fases que, desde a sua vigência, tem trazido resultados satisfatórios no que se refere a licitação no Estado. Segundo Hupsel e Lima da Costa, a adoção desta forma procedimental licitatória é perfeitamente viável:

Desde que a alteração do procedimento não venha a pôr em risco a observância dos princípios gerais da Administração Pública – legalidade, publicidade, moralidade, isonomia e eficiência – e os princípios específicos da licitação – generalidade da licitação, ampliação de universo de licitantes, julgamento objetivo, sigilo das propostas, vinculação ao instrumento convocatório, formalismo – a alteração do procedimento, quanto às suas fases, não afronta às normas gerais instituídas pela União. (Costa, 2010)

Nesse sentido, é que a Bahia tem obtido resultados satisfatórios em suas licitações e, com base nesse exemplo, que os doutrinadores José Torres Pereira Jr. E Marçal Justen Filho sugeriram uma reanálise na norma geral, pois também identificaram que esses benefícios podem ser ampliados para todo o país.

A primeira vantagem obtida refere-se à agilidade da licitação. Isso se dá pois é favorável para a Administração Pública analisar os documentos de habilitação somente daquele licitante vencedor do certame, diminuindo a quantidade de documentos e também do tempo que porventura seria utilizado para analisar vários documentos, em se tratando do procedimento previsto na norma geral.

Outra vantagem gira em torno da competitividade entre os proponentes, que, de fato, é favorável ao Poder Público. Essa competitividade é identificada no momento em que há aumento no número de participante no certame. Assim, quanto maior o número de licitante, observando o princípio da competitividade, melhor será a proposta para administração Pública, e assim o interesse público sempre irá prevalecer.

É possível identificar todas essas informações, de forma prática, através de documentos disponibilizados pela SIT e pela CONDER, que constata as licitações na Bahia, nos últimos anos, têm obtido uma porcentagem muito grande de êxito em virtude do procedimento que adotou. Em uma breve análise, verifica-se que o tempo de tramitação com relação ao objeto é bem menor com relação aos procedimentos que adotam o quanto previsto na lei federal de licitações, além disso, o custo para os cofres públicos é menor e a satisfação do interesse público é conquistada.

Nos sessenta e sete processos abertos pela SIT, em todos ocorreram a abertura da proposta e habilitação na mesma sessão, não se suspendendo a sessão inicial por interposição de recurso. E como não há abertura de todos os envelopes de habilitação apresentados, constata-se um número reduzido de interposição de recursos administrativo. Em todos os processos instaurados em 2018 e apreciados, os recursos são interpostos pelos 5 (cinco) primeiros colocados.

Para se ter uma ideia do êxito da inversão de fases, o Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), com funções similares à SIT,

instaurou a concorrência pública nº 001/2018, para recuperação da barragem Barbosa, no município do Ceará, com aplicação dos ritos previstos na Lei Federal 8.666/93. A sessão de abertura ocorreu em 21/06/18 e, até a presente data (25/11/2018) não foi homologada. Com a divulgação do resultado de habilitação, muitas empresas interpuseram recurso administrativo, o que retardou o procedimento. No caso *in tela*, com o estudo dos processos licitatórios do SIT, é possível constatar que alguns desses recursos poderiam não ser interpostos, pois, muitos licitantes ficam em colocação superior na fase de proposta, o que justamente fomentaria o desinteresse em interpor recurso. Nota-se, também, que devido à interposição de recurso, houve marcação de nova sessão para abertura das propostas de preço, retardando o certame e prejudicando o interesse público.

Essa morosidade fomenta, inclusive, a adoção da modalidade pregão, no âmbito da União Federal: um exemplo latente é visto no Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), onde, no ano corrente, apenas 4 (quatro) concorrências públicas foram instauradas, em todo Brasil; em contraponto, há mais de 400 (quatrocentos) processos instaurados na modalidade pregão.

Na Companhia do Desenvolvimento Urbano do Estado da Bahia (CONDER), a legislação aplicada é entrelaçada à origem do recurso: quando federal, aplica-se a Lei 8.666/93; quando recursos próprios ou estaduais, a lei baiana de licitações é aplicada. O procedimento interno adotado na CONDER é diferenciado, eles utilizam um procedimento interno que não está previsto nas legislações vigentes, que refere-se a iniciar e finalizar a sessão de licitação no mesmo dia.

O certame somente é paralisado em caso de alguma divergência de algum licitante. Com isso é possível identificar que, apesar deste procedimento interno ser um posicionamento que necessita de segurança e disposição para sua prática, os resultados são totalmente satisfatórios para a Administração Pública, eis que um procedimento que, em tese, teria um tempo de duração de semanas, observando a inversão das fases, na CONDER, finaliza no mesmo dia, conforme demonstrado na planilha de licitações da CONDER, em 2018, anexo ao presente trabalho.

Tomando por base os dados apresentados, podemos concluir que, quando o processo licitatório é ventilado pela norma federal de licitação,

com a fases de habilitação anterior à fase de análise e julgamento das propostas, os participantes não têm conhecimento do preço de seus concorrentes, todos se tornam um possível ganhador, e isso justifica a interposição exorbitante de recursos, com o fundamento de desbancar a habilitação dos participantes.

Por outro lado, quando há análise e julgamento das propostas anterior à habilitação, todos os participantes já possuem o conhecimento dos preços e da classificação, logo aquela empresa classificada em última colocada não possui nenhum argumento pertinente para interpor recurso visando à inabilitação de seus concorrentes, eis que, na ordem classificatória, tem poucas chances de sair vencedor do certame. Já aqueles primeiros classificados, em alguns casos, interpõem recurso a fim de conquistar a inabilitação do participante que encontre na sua frente na classificação das propostas com o escopo de se tornar vencedor do processo.

Sem contar que a quantidade de documentos a analisar pela Administração Pública é menor, pois somente analisará os documentos daquele que saiu vencedor na classificação das propostas, tornando a licitação mais célere e vantajosa para os cofres públicos.

Insta finalizar que o TCU (Tribunal de Contas da União) possui o entendimento pacificado quanto a aplicação da inversão das fases nos procedimentos licitatórios, conforme entendimento extraído do julgado abaixo:

**CONSULTA. CONHECIMENTO. INVERSÃO DE FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS DE ARRENDAMENTO DE ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO NA LEI N. 8.987/95 (LEI GERAL DE CONCESSÕES). ACÓRDÃO N. 447/2009 – PLENÁRIO. RESPOSTA AO CONSULENTE. ARQUIVAMENTO.**

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Sr. Pedro Brito, Ministro da Secretaria Especial de Portos, quanto à possibilidade de inversão de fases de habilitação e julgamento nos processos licitatórios de arrendamento de

áreas e instalações portuárias. Em face da recomendação constante do item 9.4.1.2 do Acórdão n. 447/2009 - Plenário, por meio da qual este Tribunal recomendou à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que observasse, nas licitações de arrendamento de áreas de instalações portuárias, a previsão legal para inversão das fases de habilitação e julgamento, nos termos previstos no art. 18-A da Lei n. 8.987/95, o consulente apresenta as seguintes questões: "Poderá a Administração do Porto, em adotando a concorrência como modalidade de licitação para arrendamento de instalações do porto sob sua administração, utilizar-se da inversão de fases prevista na Lei de Concessões? Em caso afirmativo, poderá essa promover a disputa de lances imediatamente após o encerramento da fase de classificação das propostas econômicas?" Preliminarmente, a presente consulta deve ser conhecida, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei n. 8.443/92, art. 264, VI, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do TCU. *Acórdão nº1349/2010-Plenário, TC-010.430Q2009-9 rel. Min. Benjamin Zymler, 09.06.2010.(grifo nosso).*

## 6. CONCLUSÃO

A licitação, como meio legal para a realização de contratações com o poder público, deve seguir alguns princípios constitucionais e administrativos para alcançar seu objetivo central, sem prejudicar a máquina administrativa, observando suas etapas e a maior celeridade e eficiência em todo o certame.

Alguns anos atrás, era impossível imaginar que a ordem prevista na norma geral seria alterada e traria diversos benefícios para ordem pública, no que tange as licitações e, após a edição e vigência da lei que instituiu o pregão, com a inversão das fases, mesmo que em outra esfera, foi possível perceber que tal inovação poderia ser estendida para norma federal.

A lei nº 9.433/05 (Legislação baiana de licitações) veio para consolidar o entendimento que a norma geral é de fato genérica e permite que os entes



federados editem normas que regulem os procedimentos por si adotados, desde que não contrariem a norma federal. Assim, em observância aos princípios da legalidade, da eficiência e celeridade, a Bahia pôde obter êxito nas contratações licitadas nos últimos anos, garantindo a proposta que melhor atendesse ao interesse público, sem prejudicar a máquina administrativa.

Essa inovação foi uma luz para os caminhos da Administração Pública, pois a norma federal alimenta uma burocratização do procedimento licitatório, além de permitir diversos recursos que, querendo ou não, acabam por retardar o certame, trazendo prejuízos aos cofres públicos e consequentes reflexo no interesse da coletividade.

Através dos dados apresentados neste trabalho, é possível constatar a morosidade nas licitações que adotam a lei nº 8.666/93 e a celeridade dos certames que utilizam a lei nº 9.433/05, tendo em vista a inversão das fases licitatórias. Além da celeridade, economicidade e eficiência aqui apresentados, a inversão das fases, proposta pelo projeto de lei nº 6814/17, também será um marco crucial para a desburocratização dos procedimentos licitatórios que utilizem a modalidade concorrência, pois diminuirá drasticamente o número de documentos que serão analisados pela Administração Pública possibilitando a celeridade da licitação.

Desta forma, constata-se a total viabilidade da adoção da inversão das fases nas licitações nacionais quem tenham como modalidade concorrência pública, através da aprovação do projeto de lei nº 6814/2017, pois ratificará o que o próprio sistema administrativo já aceitava em outras modalidades e esferas.

É preciso que não só a pessoa que compõe a máquina administrativa se amolde a realidade em que vivem e o avanço da sociedade como também as normas, pois, conforme todas as informações apresentadas, não haverá observância do princípio da adequação social se a sociedade evolui no tempo e a norma permanece estática.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Lei de licitações e Contratos Administrativos da Administração pública*. Disponível em: Acesso em 19 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. *Lei do Pregão*. Disponível em: Acesso em 13 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.462, de 4 de agosto de 2011. *Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas*. Disponível em: Acesso em 15 ou. 2018.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei n. 6814 de 2017. Disponível em: Acesso em 26 mai. 2018.

BAHIA. Lei n. 9.433/05, de 01 de março de 2005. *Licitações e Contratos administrativos*. Disponível em: Acesso em: 23 nov. 2018.

CARVALHO Matheus. Manual de Direito Administrativo [Livro]. - Salvador : JusPodvm, 2016.

COSTA Edite Mesquita Hupsel e Leyla Bianca Correia Lima. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia* [Livro]. - Belo Horizonte : Fórum, 2010. - 2º.

MEIRELLES Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2006. - 32 : p. 275.

DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* [Livro]. - São Paulo : Atlas, 2011. - 24ª : p. 361.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro - RJ: Forense, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.535.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SECRETARIA DE INFRAESTRUTURA, 2018. Disponível em: < [http://www.infraestrutura.ba.gov.br/modules/consultas\\_externas/index.php?cod=22](http://www.infraestrutura.ba.gov.br/modules/consultas_externas/index.php?cod=22)> Acesso em: 25 de nov de 2018.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA E TRANSPORTE, 2018. Disponível em: . Acesso em : 26 de nov de 2018.

NOTAS:

[1] Procuradora do Estado da Bahia (PGE), Especialista em Infraestrutura Pública (FGV), Professora da Universidade Católica do Salvador.

[2] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

[3] Segundo Dirley da Cunha Junior, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório significa dizer que a Administração Pública está obrigada a observar todas as regras previamente fixadas para o certame. Segundo o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

[4] Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

[5] Hely Lopes Meirelles foi um jurista, advogado, magistrado e professor brasileiro. É largamente reconhecido como um dos principais doutrinadores do Direito Administrativo e do Direito Municipal brasileiro, sendo autor de obras consideradas seminais nessas áreas.

[6] Superintendência de Infraestrutura de Transportes da Bahia

## **A APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009**

**RAFAEL WANDERLEY DE SIQUEIRA ARAUJO:**

graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Advogado integrante do Nilton Siqueira Advogados desde 2014.

**RESUMO:** Através do presente estudo, analisar-se-á a natureza jurídica do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação outorgada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, para fins de aplicação aos processos pendentes quando de sua entrada em vigor. O tema foi objeto de insensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, muitas vezes por confusão feita quanto aos institutos envolvidos. O estudo explanará, preliminarmente, a lei formal e a lei material sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, fixando, em seguida, a natureza jurídica da correção monetária e dos juros de mora. Enfim, será analisada a natureza jurídica do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, definindo, assim, sua aplicação imediata aos processos em curso quando da sua edição.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Correção Monetária. Juros de Mora. Artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997. Artigo 5º da Lei n. 11.960/2009. Natureza Jurídica. Aplicação aos Processos em Curso.

**Sumário:** Introdução; 1. A Lei Formal no Direito Brasileiro; 2. A Lei Material no Direito Brasileiro; 3. A natureza jurídica do Artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, e sua aplicação aos processos em curso; 4. Conclusão.

---

### **INTRODUÇÃO**

O artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, desde a sua entrada em vigor, tem sua aplicação discutida das mais inúmeras formas. A primeira delas, sem dúvida, referiu-se à sua aplicação temporal aos processos que já estavam em curso quando de sua edição. Por tratar de dois institutos com naturezas jurídicas

distintas – a correção monetária e os juros de mora –, seu caráter instrumental ou material foi por muito tempo objeto de grandes controvérsias, a ponto de terem sido firmados pelo Superior Tribunal de Justiça dois precedentes vinculantes distintos em sede de recurso repetitivo, no mesmo ano, em sentidos absolutamente opostos (STJ, EDcl no REsp n. 1.116.364/PI, Primeira Seção, j. 13/04/2011; e STJ, EREsp n. 1.207.197/RS Corte Especial, j. 18/05/2011, DJe 02/08/2011).

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade parcial do referido dispositivo legal promovida pelo Supremo Tribunal Federal em 2013, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4.357-DF, ratificada em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário 870.947-SE (Tema 810), a relevância da questão tratada no presente estudo ainda é atual e de extrema relevância. Em primeiro lugar, porque a declaração de inconstitucionalidade foi parcial, permanendo incólume a aplicação do dispositivo legal no ponto em que regulamenta a forma de incidência dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública. Além disso, mesmo quanto à parte do dispositivo que trata dos índices de correção monetária, declarada inconstitucional, contra o precedente vinculante foram opostos embargos de declaração objetivando a modulação dos efeitos da inconstitucionalidade declarada, pendentes de julgamento, tendo o eminente Ministro Relator, Luiz Fux, atribuído efeito suspensivo ao recurso. Em 06 de dezembro de 2018, o Ministro Relator levou os embargos para a apreciação do Plenário, votando no sentido de conferir eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade do índice de correção monetária previsto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009, tendo, em seguida, havido pedido de vista pelo Ministro Alexandre de Moraes<sup>[1]</sup>.

A questão, pois, é de extrema relevância e pertinente a toda ação ajuizada antes da vigência da Lei n. 11.960/2009 na qual se discute sua incidência, sendo estimado que quase 90 mil processos permaneçam sobrestados no País<sup>[2]</sup>, aguardando a decisão sobre a questão, ante o efeito suspensivo deferido aos embargos de declaração que perseguem a modulação dos efeitos do precedente.

## **1. A LEI FORMAL NO DIREITO BRASILEIRO**

A lei formal, também chamada de instrumental ou processual, segundo já esclarecia Pontes de Miranda em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, “é a que regula a constituição, o desenvolvimento e a terminação da relação

jurídica processual”[3], estando geralmente dirigida ao juiz, condutor do processo, e não às partes, detentoras de direito material. E prossegue o doutrinador alagoano em suas lições:

A lei processual é, quase toda, direito formal, e ramo do direito público. O fato de ser formal não tira ao direito processual o gerar direitos de ordem material, dentro da sua formalidade fundamental. Em princípio, as regras de direito processual são cogentes, se se referem à forma ou a prazos; a dispositividade é exceção.[4]

Carlos Alberto Álvaro Oliveira leciona que a norma formal, cuja principal vertente é a lei formal, compreende não só a forma, mas os poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, e alerta que “não se deve, contudo, confundir a técnica com a ciência jurídica, com o próprio direito e muito menos com os valores e princípios que o informam”[5]. Na verdade, acrescenta o autor, esta técnica processual, externada pela norma instrumental, está a serviço do direito material, porquanto é através dela que se atingem os objetivos do processo.

Do mesmo modo, recomenda Adolfo Schönke[6] que a lei processual não pode constituir um obstáculo que frustre o direito material da parte, mas deve contribuir para uma resolução justa e imparcial, devendo, segundo Humberto Theodoro Júnior[7], para atingir tais objetivos, ser interpretada segundo o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), o qual determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A norma formal, neste trilhar, é fundamental na busca da efetividade do direito material perseguido, podendo ser dividida, segundo Cândido José Dinamarco et al., em três classes:

- a) normas de organização judiciária, que tratam primordialmente da criação e estrutura dos órgãos judiciários e seus auxiliares;
- b) normas processuais em sentido restrito, que cuidam do processo como tal, atribuindo poderes e deveres processuais;



c) normas procedimentais, que dizem respeito apenas ao *modus procedendi*, inclusive a estrutura e coordenação dos atos processuais que compõem o processo. [8]

A norma formal, como se vê, se relaciona com a técnica e procedimentos utilizados para garantir e dar efetividade ao direito material, tendo como objetivo final exatamente a paz social. Neste sentido, destaca Carnelutti:

La voz proceso sirve, pues, para indicar un metodo para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, una tal regulación del conflicto de intereses que consiga realmente la paz y, por tanto, sea justa y cierta: la justicia debe ser su cualidad interior o sustancial; la certeza, su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer.[9][10]

Ingressando na análise da incidência da lei formal aos processos em curso quando de sua edição, deve-se registrar, inicialmente, que a lei, como criação humana que é, está sujeita a um princípio e um fim, ou seja, a um período de vigência e a um momento de cessação de eficácia[11]. Conforme estabelece a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942), salvo disposição em contrário, a lei entra em vigor 45 dias após sua publicação (art. 1º), quedando-se em vigência até que outra a modifique ou revogue (art. 2º). Sua vigência, todavia, deve sempre estar balizada pelo ato jurídico perfeito, pelo direito adquirido e pela coisa julgada (art. 6º), institutos que, nas hipóteses de aplicação temporal da lei formal, merecem atenção especial.

É certo que um processo deve se iniciar de acordo com a lei em vigor, contudo, diante da falta de critérios objetivos para delimitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, sobretudo no âmbito processual, José Fernando Vieira da Silva aponta pelo menos 3 correntes doutrinárias acerca da aplicabilidade temporal da lei formal aos processos em curso:

a) Unidade Processual - Segundo esta corrente, o processo deve ser considerado uno, de maneira que, durante

todo o processo, só uma lei deve vigor. Assim sendo, geralmente só teria vigência a lei velha. (...)

b) Sistema das fases processuais - Segundo esta corrente, o processo deve ser dividido em 04 fases autônomas: postulatória (fase dos pedidos), probatória (fase da produção de provas), decisória (instante da decisão) e recursal (momento para recursos). Cada uma destas fases poderia ser disciplinada por uma lei processual diferente. (...)

c) Isolamento dos atos processuais - Segundo esta corrente, a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, mas se aplica àqueles a serem praticados, independentemente das fases processuais.<sup>[12]</sup>

Assevera o citado jurista que apenas a terceira corrente, do isolamento dos atos processuais, vem sendo amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. As demais correntes, observa, têm pouquíssima aplicabilidade prática, na medida em que seria absurdo admitir, adotando-se a corrente da unidade processual, que todo um processo se submeta a uma única lei, cuja vigência é possível que tenha cessado há décadas; e, da mesma maneira, impraticável o sistema de fases processuais, já que as fases processuais não possuem divisão nítida e organizada.

Corroborando a doutrina majoritária, Darlan Barroso<sup>[13]</sup> assegura que “a lei processual nova tem aplicação aos processos em curso, mas sem influir nos atos processuais já praticados ou perfeitos”. De fato, esse foi o posicionamento adotado pelo legislador processual civil brasileiro tanto de 1973 como de 2015, na forma do artigo 1.112 do Código Processual revogado e do art. 1.046 da atual codificação de ritos.

Favoravelmente à doutrina, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é iterativa no sentido de que “tratando-se de norma de natureza processual, a sua aplicação é imediata, inclusive nos processos em curso” (STJ, REsp 1.681.184-RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 21/09/2017, DJe 09/10/2017).

É de bom alvitre reiterar, todavia, que, na forma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, devem ser preservados os atos processuais já praticados, perfeitos e acabados<sup>[14]</sup>, e, portanto, válidos e eficazes, já realizados

na vigência e conformidade da lei antiga<sup>[15]</sup>. Neste tocante, conclui o processualista Humberto Theodoro Júnior, com sua autoridade:

E mesmo quando a lei nova atinge um processo em andamento, nenhum efeito tem sobre os fatos ou atos ocorridos sob o império da lei revogada. Alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados.<sup>[16]</sup>

## **2. A LEI MATERIAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Bem leciona Darlan Barroso que “o direito processual não encontra fim em si mesmo, caracterizando apenas um instrumento de realização do direito material”<sup>[17]</sup>. De fato, a norma material, que tem por alicerce a lei material, é hipótese abstrata e genérica<sup>[18]</sup>, necessitando do processo, fruto do direito formal, para individualizá-la, conforme leciona Hans Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”:

Como o Direito formal designam-se as normas gerais através das quais são regulados a organização e o processo das autoridades judiciais e administrativas, os chamados processo civil e penal e o processo administrativo. Por Direito material entendem-se as normas gerais que determinam o conteúdo dos atos judiciais e administrativos e que são em geral designados como Direito Civil, Direito Penal e Direito Administrativo, muito embora as normas que regulam o processo dos tribunais e das autoridades administrativas não sejam menos Direito Civil, Direito Penal e Direito Administrativo. (...) As normas gerais a aplicar pelos órgãos jurisdicionais e administrativos têm, portanto, uma dupla função: 1ª - a determinação destes órgãos e do processo a observar por eles; 2º - a determinação do conteúdo das normas individuais a produzir neste processo judicial ou administrativo.<sup>[19]</sup>

A norma material é a que determina o seu conteúdo, sendo parte integrante do direito material, consoante corrobora Cândido Rangel Dinamarco

ao afirmar que “Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)”[20].

Nesse diapasão, George Goldschmidt estabelece que “as normas que constituem uma ação são de índole justiça, mas não processual, senão material”[21], acrescentando que “o conceito da exigência de proteção jurídica não é de índole processual, ainda sendo pública. Pertence, mas bem, ao âmbito de direito justiça material[22][23]”. Em outras palavras, norma material é aquela que tem conteúdo de regra de direito e eficácia inovadora[24], correspondendo não apenas ao bem jurídico protegido, mas também ao próprio teor da ação ou ato praticado.

Quanto à aplicação da lei material aos processos em curso quando de sua edição, tal qual a processual, sua incidência também é moldada pelas garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI), na forma que estabelece a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei n. 4.657/1942, que em seu artigo 6º dispõe sobre cada um desses institutos nos seguintes termos:

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Frise-se que, nesse contexto, a lei nova não pode atingir os atos já consumados segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou (ato jurídico perfeito), nem mesmo aqueles que, em que pese ainda não estarem consumados, já poderiam ter sido exercidos e praticados (direito adquirido). A coisa julgada, por sua vez, já apreciada em definitivo pelo Poder Judiciário, tampouco poderá ser atingida pela entrada em vigor da nova lei. Sobre o tema, Pontes de Miranda é esclarecedor:

A regra jurídica de garantia é, todavia, comum ao direito privado e ao direito público. Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter

efeitos retroativos (critério objetivo), nem ferir direitos adquiridos (critério subjetivo), conforme seja o sistema adotado pelo legislador constituinte. Se não existe regra jurídica constitucional de garantia, e sim, tão-só, regra dirigida aos juízes, só a cláusula de exclusão pode conferir efeitos retroativos, ou ofensivos dos direitos adquiridos, a qualquer lei.<sup>[25]</sup>

É de se observar ainda que, conforme assentou o Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 188.366/SP<sup>[26]</sup>, do qual foi Relator, também viola o direito adquirido a aplicação da lei nova a efeitos futuros de fatos já ocorridos, situação que configura retroação da norma.

Em conclusão, considerando que, conforme dito alhures, o processo judicial tem por fim aplicar a regra jurídica a um caso concreto<sup>[27]</sup>, já passado e consumado - protegido, portanto, pelo ato jurídico perfeito -, infere-se que não pode, a lei material nova, incidir sobre o mérito debatido nos processos em curso, sob pena de contrariedade à citada garantia constitucional (artigo 5º, XXXVI) e à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 6º).

### **3. A NATUREZA JURÍDICA DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/2009, E SUA APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO**

Consoante já se afirmou neste estudo, segundo os entendimentos doutrinário e jurisprudencial majoritários, a lei processual tem aplicação imediata aos processos em curso, independentemente da fase em que se encontram, resguardando-se apenas os atos processuais já praticados quando de sua entrada em vigor, segundo a legislação então vigente; a lei material, por seu lado, somente atinge o mérito das ações ajuizadas após sua entrada em vigor, em respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.

O art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, possui o seguinte teor:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e

compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Veja-se que a disposição legal trata de dois institutos: a correção monetária e os juros de mora, estabelecendo sua forma de incidência nas condenações impostas à Fazenda Pública, "independentemente de sua natureza".

Nesse diapasão, a análise da natureza juridical e dos contornos de aplicação temporal do referido dispositivo legal aos processos penentes depende do exame na natureza jurídica desses institutos por ele tratados.

Certo de que o objeto deste trabalho não é esgotar a matéria[28], tem-se que a correção monetária é "o meio econômico pelo qual se objetiva exatamente preservar o poder aquisitivo da moeda, corroído no tempo em face da inflação verificada em dado período de tempo"[29]. Assim, é mero instrumento para a preservação do patrimônio do credor[30], regramento que visa garantir o valor real do patrimônio do credor, possuindo natureza processual, de modo a que a lei que versa sobre a questão possui aplicabilidade imediata aos processos em curso, conforme entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores (STF, AgRg em AgRg em RE 217561, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 06/10/2009, DJe 29/10/2009; STJ, REsp n. 179.027, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/06/2001, DJ 07/10/2002).

Os juros de mora, por seu turno, são "a remuneração que o credor pode exigir do devedor por se privar de uma quantia em dinheiro"[31], conforme ensina Silvio Salvo Venosa (2009), representando verdadeiro acréscimo patrimonial do credor. Têm por finalidades, basicamente, remunerar o credor pelo uso da coisa ou quantia pelo devedor e cobrir os riscos que suportou[32], de modo que possuem caráter material, como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio, nos autos do Recurso Extraordinário n. 135.193, do qual foi Relator[33].

Assentada a natureza formal da incidência de correção monetária e o caráter material dos juros de mora, parece-nos suficientemente claro que, em princípio, a lei que versa acerca da forma de aplicação de correção monetária tem emprego imediato aos processos em curso, e a lei que dispõe sobre os juros de mora, aplicação restrita às ações ajuizadas na sua vigência.



O artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, como já dito, alterando a redação do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, estabeleceu que, nas condenações impostas à Fazenda Pública, incidirão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança “para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora”, abrangendo, dessa sorte, tanto a correção monetária, de natureza processual, como os juros moratórios a ser aplicados, de caráter material.

Diante dessa natureza mista do dispositivo legal em estudo, não seria irrazoável propor sua aplicação parcial aos processos em curso, consistente apenas na parte que estabelece a forma de incidência da correção monetária, de natureza formal portanto. Tal medida, contudo, mostra-se incabível, haja vista que, nos termos do inciso I do artigo 12 da Lei n. 8.177/1991, os índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança são os da TRD (TR), os quais não refletem a perda do poder aquisitivo da moeda, não podendo ser considerados para fins de correção monetária, conforme já asseverou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 493<sup>[34]</sup> e da ADI 4.357.

No que tange à parte do dispositivo que versa sobre os juros moratórios, a despeito da natureza material desses valores - o que em tese justificaria a aplicação da norma que versa sobre a questão somente às ações ajuizadas após sua entrada em vigor -, impõe-se reconhecer que os juros de mora têm por fundamento a inadimplência do devedor, fator que se renova a cada mês, com o novo inadimplemento. Não é difícil concluir, neste liame, que o direito subjetivo do credor ao recebimento de juros de mora nasce a cada mês, com o novo inadimplemento do devedor; ou seja, a decisão condenatória à incidência de juros moratórios tem efeitos que se arrastam no tempo, abrangendo direitos que sequer existiam quando de sua prolação. A Lei que versa sobre a forma de incidência de juros de mora, neste sentir, passaria a reger os juros moratórios que nascessem dentro de sua vigência, mês a mês, como se aplicação imediata tivesse, embora possuía caráter material, sem contrariar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, na medida em que, quando de sua entrada em vigor, sequer havia nascido o direito à percepção dos juros de mora alusivos aos meses subsequentes.

A riqueza do tema, mormente em razão da natureza mista da norma e da impossibilidade de aplicação parcial do que dispõe, gerou amplo debate jurisprudencial nas Cortes Superiores, quando da edição da Lei n. 11.960/2009.

Ao apreciar a questão relativa à natureza jurídica e aplicabilidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 com redação dada pelo artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 13 de abril de 2011, julgando o recurso de Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.116.364/PI, submetido ao regime de recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C do CPC/1973), decidiu no sentido de não ser possível sua aplicação aos processos em curso, pelos fundamentos sintetizados nos seguintes trechos da ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEL IMPRODUTIVO.

1. Embargos de declaração da União. A embargante sustenta haver omissões argumentando que ‘a incidência dos juros compensatórios em ação de desapropriação de imóvel improdutivo para fins de reforma agrária seria ilegal, eis que está diante de um imóvel que descumpriu sua função social por improdutividade’, bem assim porque não foi aplicado o disposto no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação conferida pela Lei nº 11.960/09.

1.1. A embargante pretende, em verdade, rediscutir o mérito do julgamento do especial, no qual o acórdão embargado foi muito claro ao reconhecer o cabimento dos juros compensatórios em desapropriação que tenha por objeto imóvel improdutivo.

**1.2. Não logra êxito a alegação subsidiária de que deve ser aplicado o disposto no artigo 1º-F da Lei 9.494/97, com redação conferida pela Lei nº 11.960/09, porque esse dispositivo refere-se a juros moratórios, e não compensatórios, hipótese tratada nos autos. Ainda que assim não fosse, é assente o entendimento nesta Corte de que o art. 1º-F da Lei 9.494/97, por ser espécie de norma instrumental-material não deve incidir nos processos em curso.**

(...)

### 3. Embargos de declaração da União e do Incra rejeitados. (grifos meus)

Ficou consignado, conforme se percebe, pela natureza instrumental-material da norma, tendo o Relator do recurso, Ministro Castro Meira, fundamentado o posicionamento perfilhado em precedente da Terceira Seção daquela Corte Superior que, preteritamente, em julgado também submetido aos auspícios do artigo 543-C do CPC/1973, já havia consignado que o art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com redação da MP 2.180-35/2001, ou seja, anterior à edição da Lei n. 11.960/2009, “que fixa os juros moratórios nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública no patamar de 6%, é de ser aplicado tão somente às demandas ajuizadas após a sua entrada em vigor.” (STJ, Terceira Seção, REsp n. 1.086.944/SP, Rel. Min. Maria Thereza Moura Assis, j. 11/03/2009, DJe 04/05/2009). No julgamento do aludido Recurso Especial n. 1.086.944/SP, a Ministra Relatora Maria Thereza Moura Assis, no corpo de seu voto condutor, fundamentou que a não aplicação da norma aos processos em curso se dá “sobretudo em razão de sua eficácia material, bem como do princípio que determina que os atos processuais devem ser realizados de acordo com a norma vigente ao tempo de sua realização”. É oportuno lembrar que o artigo 1º-F redigido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001 somente dispunha acerca dos juros moratórios contra a Fazenda Pública, nada versando acerca da forma de aplicação da correção monetária.

Ocorre, todavia, que em 18 de maio de 2011, a Corte Especial do mesmo Superior Tribunal de Justiça apreciou a matéria e, revendo o posicionamento adotado pela Primeira Seção, passou a entender pela aplicação imediata do dispositivo legal aos processos pendentes, em julgado assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ARTIGO 1º-F, DA LEI Nº 9.494/97. MP 2.180-35/2001. LEI nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei

nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator.

2. As normas que dispõem sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes.

3. O art. 1º-F, da Lei 9.494/97, modificada pela Medida Provisória 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes.

4. Embargos de divergência providos.

(STJ, Corte Especial, EREsp n. 1.207.197/RS, j. 18/05/2011, DJe 02/08/2011)

Entendeu-se no julgamento que as normas que versem sobre os juros de mora - ressalvado o posicionamento do Relator, que entendia pela natureza substantiva adjetiva de tais dispositivos -, possuem natureza instrumental, devendo ser fixados em observância ao princípio do "*tempus regit actum*", na medida em que seu fato gerador (inadimplemento) se desdobra no tempo, produzindo efeitos mesmo após a prolação da sentença.

Ao revisitar a matéria, desta feita em 19 de outubro de 2011, novamente na forma do artigo 543-C do CPC/1973, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça ratificou seu entendimento ao julgar o Recurso Especial n. 1.205.946/SP (Temas 491, 492), cuja ementa se transcreve:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS REMUNERATÓRIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DEVIDOS PELA FAZENDA PÚBLICA. LEI 11.960/09, QUE ALTEROU O ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97. NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA SUA VIGÊNCIA. EFEITO RETROATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia acerca da possibilidade de aplicação imediata às ações em curso da Lei 11.960/09, que veio alterar a redação do artigo 1º-F da Lei 9.494/97, para

disciplinar os critérios de correção monetária e de juros de mora a serem observados nas 'condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza', quais sejam, 'os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança'.

2. A Corte Especial, em sessão de 18.06.2011, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.207.197/RS, entendeu por bem alterar entendimento até então adotado, firmando posição no sentido de que a Lei 11.960/2009, a qual traz novo regramento concernente à atualização monetária e aos juros de mora devidos pela Fazenda Pública, deve ser aplicada, de imediato, aos processos em andamento, sem, contudo, retroagir a período anterior à sua vigência.

3. Nesse mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a Lei 9.494/97, alterada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que também tratava de consectário da condenação (juros de mora), devia ser aplicada imediatamente aos feitos em curso.

4. Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente.

5. No caso concreto, merece prosperar a insurgência da recorrente no que se refere à incidência do art. 5º da Lei n. 11.960/09 no período subsequente a 29/06/2009, data da edição da referida lei, ante o princípio do tempus regit actum.

6. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

7. Cessam os efeitos previstos no artigo 543-C do CPC em relação ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.086.944/SP, que se referia tão somente às modificações legislativas impostas pela MP 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei 9.494/97, alterada pela Lei 11.960/09, aqui tratada.

8. Recurso especial parcialmente provido para determinar, ao presente feito, a imediata aplicação do art. 5º da Lei 11.960/09, a partir de sua vigência, sem efeitos retroativos.

O entendimento sufragado no julgado baseou-se em precedentes do Supremo Tribunal Federal, tendo o Ministro Relator Benedito Gonçalves ressaltado no corpo do seu voto que “esta Corte [STJ], historicamente, adota a tese de que as normas que regem os consectários da condenação tem apenas caráter instrumental (natureza processual), razão pela qual são devidos conforme as regras estipuladas pela lei vigente à época de sua incidência”.

É esse o posicionamento que vem atualmente sendo acolhido de forma majoritária pelo Superior Tribunal de Justiça, sobretudo por se tratar de julgado submetido aos ditames do então vigente artigo 543-C do Código de Processo Civil/1973.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, conquanto ainda não tenha se pronunciado acerca da aplicação temporal da Lei n. 11.960/2009, possui posicionamento firme sobre a incidência do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997 com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, posição que vem sendo aplicada de forma análoga pelos demais Tribunais à nova redação. Segundo entende o Pretório Excelso, “a MP 2.180-35/97 (sic), diploma que alterou o art. 1º-F da Lei 9.494/97 - objeto de discussão do presente recurso - possui natureza processual, alcançando desta forma os processos em curso” (STF, AgRg em AI 776.497/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15/02/2011, DJe 01/03/2011)[35].

Em 16 de junho de 2011, o Plenário da Corte Constitucional apreciou a matéria, tendo, por maioria[36], reconhecido a existência de repercussão geral e ratificado sua jurisprudência pacífica, nos autos do Agravo de Instrumento n. 842.063/RJ[37].



Com efeito, embora se trate de jurisprudência pacificada, é possível colher precedente da Primeira Turma do Tribunal Constitucional que, negando provimento a agravo regimental, manteve decisão monocrática da Ministra Carmen Lúcia no sentido de que “por se tratar de norma de direito material, a limitação dos juros de mora deve ser aplicada desde o início da vigência do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.180/2001, independentemente da data do ajuizamento da ação” (STF, AgRg em AI 746.268/RS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15/12/2009).

#### 4. CONCLUSÃO

O artigo 5º da Lei n. 11.960/2009, como ficou evidenciado, promoveu importantes modificações na forma de incidência da correção monetária e dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública. Ante seu caráter misto, por versar sobre matéria de caráter formal e material, sua aplicação aos processos que estavam em curso na data de sua entrada em vigor foi objeto de muitas divergências.

Apesar de os juros moratórios gozarem de natureza material, como ganho patrimonial do credor, é imperioso concluir que sua incidência se renova a cada mês, de sorte que a aplicação imediata da norma que trata desse tema não viola o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito. Na verdade, o que não é possível é que a lei nova retroaja, para atingir juros de mora já consumados e que já integram o patrimônio do credor.

Nesse contexto, correta a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao determinar a aplicação imediata do artigo 5º da Lei n. 11.960/2009 aos processos em curso quando da sua edição, não por possuir natureza formal, mas sim porque, no ponto em que trata de direito material (juros de mora), sua incidência é sucessiva.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Darlan. **Manual de Processo Civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 2. ed. Barueri: Manole, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 5. ed. Buenos Aires/AR: Ediciones Juridicas Europa-America, 1950.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, 2003.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Cavalho. **Das controvérsias doutrinárias quanto à natureza das leis orçamentárias e suas implicações jurídicas na discussão acerca do modelo impositivo de orçamento**. Teresina, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21318/das-controversias-doutrinarias-quanto-a-natureza-das-leis-orcamentarias-e-suas-implicacoes-juridicas-na-discussao-acerca-do-modelo-impositivo-de-orcamento>>. Acesso em: 22/01/2019, 14:51.

GAMA JÚNIOR, Fernando Lima. **O conceito de orçamento público**. Disponível em: . Acesso em: 22/01/2019, 10:17.

GOLDSCHIMIDT, George. **Teoria Geral do Processo**. Campinas: Minelli, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, apud OLIVEIRA, Nelson do Vale. **Teoria Pura do Direito e sociologia compreensiva**. Teresina, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4014/teoria-pura-do-direito-e-sociologia-compreensiva/1>>. Acesso em: 22/01/2019, 14:57.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 99, apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Anotações sobre o Princípio Adquirido Tendo em Vista a Aplicação do Novo Código Civil**. Revista Direito Público n. 1, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 30/34, apud MUNIZ, Antônio Carlos. **A exceção de pré-**

**executividade, a reforma processual (Lei n. 11.382/2006) e a aplicação da lei no tempo.** Disponível em: . Acesso em: 22/01/2019, 10:16.

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: 1950. p. 21, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.

SILVA, João Fernando Vieira da. **A lei processual**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18549-18550-1-PB.pdf>>.: Acesso em: 22/01/2019, 14:55.

SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. **A Correção Monetária**. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2.

NOTAS:

[1] As informações referentes à movimentação e julgamento do processo foram extraídas da consulta processual disponibilizada no *web site* do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)), bem assim através de acompanhamento dos julgamentos transmitidos pela TV Justiça.

[2] Informação extraída do portal de notícias do STF. Disponível em: . Acesso em: 22/01/2019, 13:42.

[3] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 24.

[4] Ibidem.

[5] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 125-126.

[6] SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: 1950. p. 21, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I. p. 21.

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. I. p. 21.

[8] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 63.

[9] CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. 5. ed. Buenos Aires/AR: Ediciones Juridicas Europa-America, 1950, p. 21/22.

[10] Tradução livre deste autor: "Os ditames processuais, portanto, servem para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que tende a garantir um resultado adequado, ou seja, uma regulação dos conflitos de interesses que atinja de fato a paz, sendo, portanto, justo e verdadeiro: a justiça deve ser sua qualidade interior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal; se o direito não está certo, os interessados não sabem, e se não é justo, não sentem o que é necessário para obedecer."

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit. p. 19.

[12] SILVA, João Fernando Vieira da. **A lei processual**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18549-18550-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22/01/2019, 14:55.

[13] BARROSO, Darlan. **Manual de Processo Civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 2. ed. Barueri: Manole, 2007. p. 25.

[14] SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual do Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 04.

[15] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. v. 1. p. 30/34, apud MUNIZ, Antônio Carlos. **A exceção de pré-executividade, a reforma processual (Lei n. 11.382/2006) e a aplicação da lei no tempo**. Disponível em: . Acesso em: 22/01/2019, 10:16.

[16] JÚNIOR, Humberto Theodoro, op. cit. p. 20.

[17] BARROSO, Darlan, op. cit. p. 24.

[18] GAMA JÚNIOR, Fernando Lima. **O conceito de orçamento público**. Disponível em: . Acesso em: 22/01/2019, 10:17.

[19] Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, apud OLIVEIRA, Nelson do Vale. **Teoria Pura do Direito e sociologia compreensiva**. Teresina, 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4014/teoria-pura-do-direito-e-sociologia-compreensiva/1>>. Acesso em: 22/01/2019, 14:57.

[20] DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit. p. 27.

[21] GOLDSCHIMIDT, George. **Teoria Geral do Processo**. Campinas: Minelli, 2003. p. 24.

[22] Ibidem, p. 26/27.

[23] Segundo o autor, Direito Justiça Material seria "o Direito privado considerado e completado desde um ponto de vista jurídico público. Atrás de cada preceito o Direito privado se encontra no Direito justiça material. Atrás de quase todos os direitos subjetivos privados se encontram as ações correspondentes: por ex., o art. 1445 do Código civil espanhol dispõe que pelo contrato de compra e venda o comprador se obriga a pagar pela coisa comprada um preço certo. Atrás deste preceito do Direito civil se encontra o preceito de Direito justiça material em virtude do qual quando o comprados não cumpre sua obrigação, o Estado tem, frente ao vendedor, o dever de constranger o comprovador a pagar o preço" (p. 24/25).

[24] FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Cavalho. **Das controvérsias doutrinárias quanto à natureza das leis orçamentárias e suas implicações jurídicas na discussão acerca do modelo impositivo de orçamento**. Teresina, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21318/das-controversias-doutrinarias-quanto-a-natureza-das-leis-orcamentarias-e-suas-implicacoes-juridicas-na-discussao-acerca-do-modelo-impositivo-de-orcamento>>. Acesso em: 22/01/2019, 14:51.

[25] MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 99, apud MENDES, Gilmar Ferreira. **Anotações sobre o Princípio Adquirido Tendo em Vista a Aplicação do Novo Código Civil**. Revista Direito Público n. 1, 2003.

[26] "Recurso extraordinário. Mensalidade escolar. Atualização com base em contrato. - Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo,



portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente. E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade - a retroatividade mínima -, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada, ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é ofensa a tal alteração. Essa orientação, que é firme nesta Corte, não foi observada pelo acórdão recorrido que determinou a aplicação das Leis 8.030 e 8.039, ambas de 1990, aos efeitos posteriores a elas decorrentes de contrato celebrado em outubro de 1.989, prejudicando, assim, ato jurídico perfeito. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF, RE 188.366/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves)

[27] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. XVII.

[28] Para aprofundamento do tema, recomenda-se a leitura do artigo “Os juros de mora e a correção monetária: conceito, natureza jurídica e forma de incidência, à luz do Código Civil Brasileiro”, deste autor.

[29] ESTURILIO, Regina Binhara. Aplicação dos juros Selic em matéria tributária. **Revista de Estudos Tributários**, Porto Alegre, v. 6, n. 33, p. 5-33, 2003.

[30] SIMONSEN, Mário Henrique; CHACEL, Julian; ARNOLFO, Wald. **A Correção Monetária**. São Paulo: Apec editora S.A., 1970. 1º Tomo. p. 301.

[31] VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 2. p. 157.

[32] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 2. p. 79.

[33] “Inicialmente, assento que os juros de mora são disciplinados no direito material. É no âmbito deste e, mais precisamente, na parte ligada a obrigações que são encontradas as balizas que os norteiam. Assim o é porquanto os juros moratórios mostram-se como compensação ou indenização devida ao credor pelo fato de ficar privado, temporariamente, de quantia a que tem direito.” (STF, RE 135.193, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10/12/1992, DJ 02/04/1993)

[34] “A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo,



não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda." (STF, ADI 493, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/06/1992)

[35] Neste mesmo sentido: RE-AgR 559445, j. 26/05/2009; RE-ED 395134, j. 30/09/2008; RE-AgR 479408, j. 12/12/2008.

[36] Vencidos no mérito os Ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto. Ausentes os Ministros Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia.

[37] "Agravo de instrumento convertido em Extraordinário. Art. 1º-F da Lei 9.494/97. Aplicação. Ações ajuizadas antes de sua vigência. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso provido. É compatível com a Constituição a aplicabilidade imediata do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com alteração pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, ainda que em relação às ações ajuizadas antes de sua entrada em vigor." (STF, AI 842063 RG/RS, Pleno, por maioria, Rel. Ministro Presidente, j. 16/06/2011, DJe 01/09/2011)

## ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

### MILA ALVES DE OLIVEIRA SOARES:

Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduação lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Guanambi. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Sergipe.

**RESUMO:** O artigo tem o objetivo de explicar, de forma objetiva, a responsabilidade civil, fazendo uma breve explanação sobre a origem da palavra e diferenciando os tipos de responsabilidades civis mais comuns e utilizadas no direito brasileiro. O trabalho fundou-se em técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, utilizando-se de diversos recursos, como: livros, revistas especializadas, legislação e jurisprudência e artigos publicados na internet, sendo utilizada a abordagem qualitativa nas quais os dados serão lidos, analisados, interpretados e descritos. O método principal a ser utilizado foi o dedutivo, pois parte de princípios e teorias gerais para se chegar ao resultado pretendido e como auxiliar o histórico e o comparativo. Já o método qualitativo foi usado, pois foram lidos diversos livros, revistas, jurisprudências e códigos e todos eles serão analisados, testados e transcritos numa hermenêutica jurídica.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil, conceito, objetiva, subjetiva, contratual, extracontratual

**ABSTRACT:** The objective of this article is to explain, in an objective way, the civil liability, giving a brief explanation about the origin of the word and differentiating the types of civil responsibilities more common and used in Brazilian law. The work was based on documentary and bibliographical research techniques, using a variety of resources, such as: books, specialized journals, legislation and jurisprudence and articles published on the internet, using the qualitative approach in which the data will be read, analyzed, interpreted and described. The main method to be used was deductive, since it is based on principles and general theories to arrive at the desired result and as an aid to historical and comparative. The qualitative method was used, since several books, journals, jurisprudence and codes were read and all of them will be analyzed, tested and transcribed in a legal hermeneutics.

**Key words:** civil liability concept, objective, subjective, contractual, extra-contractual.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.2 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. 2.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo explicar a responsabilidade civil, desde a origem latina de sua palavra, explicando seu conceito de acordo com renomados autores jurídicos do direito brasileiro, bem como diferenciando as classificações de responsabilidade em subjetiva e objetiva, assim como contratual e extracontratual, usando como base o Código Civil Brasileiro de 2002.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL

### 2.1 Conceito de Responsabilidade Civil

A palavra "responsabilidade" deriva do latim *respondere*, contudo a sua raiz está na palavra *spondeo*, que também é de origem latina. *Respondere* indica o fato de alguém ter se constituído garantidor de alguma coisa. Já *spondeo* tem sua origem do Direito Romano e era conhecido como o devedor nos contratos verbais. Apesar desses significados, existe grande dificuldade por parte da doutrina em conceituar a responsabilidade civil. Alguns autores como Silvio Rodrigues baseiam-se na culpa, outros como Maria Helena Diniz no dever de reparar o dano derivado de fato em que é a pessoa é autor direto ou indireto e há os que ainda baseiam-se na obrigação de reparar alguém por um dano causado por fato seu ou de pessoas que dependam de você.

De acordo com Maria Helena Diniz (2006, p.32):

A responsabilidade civil é aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma

praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

A reparação do dano mencionada pela autora acima pode vir tanto de um ato que infrinja as regras necessárias de convivência social e cause lesão aos interesses jurídicos da vítima, como atropelar alguém ou danificar um objeto de terceiros, como também no descumprimento de uma obrigação imposta por norma contratual.

Apesar de o referido artigo estar focado na responsabilidade civil, é mister demonstrar a diferença entre certos tipos de responsabilidade a fim de que se entenda melhor esse tema.

Existe uma diferença entre responsabilidade jurídica e responsabilidade moral. Enquanto na primeira é necessária a utilização de uma força organizada por meio do Estado para que se cumpra a reparação, na segunda, o responsável será punido apenas no campo psicológico, como quando um católico fervoroso comete um pecado. Evidente também que há enorme diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal. Esta só ocorre quando um fato é qualificado como ilícito, a partir do momento que o responsável age em discordância com a lei, devendo o mesmo ser punido dentro da legislação penal. Já aquela se estabelece quando o agente comete ato cuja obrigação é reparar o dano patrimonial ou moral causado, e se isso não for mais possível, converter o pagamento em indenização. Importante destacar que uma responsabilidade não exclui a outra, sendo possível cumular a responsabilidade civil e criminal.

Para se configurar a responsabilidade civil são necessários alguns requisitos. São eles: existência de uma ação, comissiva ou omissiva, que seja qualificada como ilícita ou, que sendo lícita, haja risco; ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima por ato comissivo ou omissivo do agente ou terceiro por quem ele seja responsável, observando-se que não existe responsabilidade civil sem que haja o dano, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão; nexo de causalidade entre o dano e ação, já que sem essa ligação entre a conduta do agente e o dano causado à vítima não se é possível falar em responsabilidade civil.

O fundamento básico da responsabilidade civil é a culpa. Havendo culpa por parte do agente, terá ele cometido ato ilícito ou lícito de grande risco. Se tiver ele cometido ato ilícito é necessário verificar se sua conduta será punida apenas no

âmbito civil, através de reparação moral ou patrimonial, no âmbito penal, por multa, pena restritiva de direitos ou privativa de liberdade, ou nas duas searas, já que elas não se excluem.

Existem, ainda, hipóteses de excludente de ilicitude, como quando um motorista atropela uma pessoa que estava embriagada atravessando uma auto estrada a noite sem prestar qualquer atenção. O acidente foi de culpa exclusiva da vítima, não existindo assim o nexo de causalidade e não surgindo a obrigação de indenizar. Caso fortuito e força maior também são hipóteses de excludente de responsabilidade já que são eventos externos os quais as mãos humanas não poderiam evitar. Logo, quando há dano, mas não de comportamento culposos do agente que o causou, e sim do caso fortuito ou força maior, não existe a relação de causalidade, não surgindo, novamente, a obrigação de indenizar.

Há aqueles agentes, porém, que são inimputáveis, ou seja, apesar de terem cometido ato lesivo, não são punidos ou têm uma punição mais branda. O responsável pela ação é imputável quando tem capacidade de entender e autodeterminar suas ações, sabendo quais consequências podem decorrer de tais atos. Já os inimputáveis não têm essa capacidade de entendimento, seja pela pouca idade, logo uma imaturidade; por demência ou estado de grave desequilíbrio mental, decorrente do abuso de álcool ou drogas; pela anuência da vítima, no qual a vítima permite que tal dano seja praticado, não cabendo assim indenização; exercício regular de um direito; legítima defesa ou estado de necessidade. Havendo uma ou mais dessas situações, o agente não será responsabilizado pelos seus atos, não constituindo a responsabilidade civil.

Necessário destacar a responsabilidade por ato de terceiro, ou seja, quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado a outro, mas não por ato próprio, e sim de alguém que está sob sua responsabilidade, como no caso do pai que responde por atos de filhos menores ou patrão que responde por atos dos seus empregados. Tal responsabilidade deriva de um anseio de segurança, com o propósito de proteger a vítima. No caso do patrão e empregador, há uma responsabilidade solidária na qual fica possibilitado à vítima escolher contra quem deseja propor ação de indenização, sendo certo que ela preferirá pleitear ação contra o empregador já que tem melhores condições de solver sua dívida do que o empregado, cabendo nesse caso ação de regresso em relação ao empregador.

## 2.2 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

As responsabilidades objetivas e subjetivas não podem ser analisadas como diferentes espécies de responsabilidades. Elas são, na verdade, maneiras diferentes de se enfrentar a obrigação de reparação de um dano.

Na responsabilidade objetiva é de pequena relevância se o agente causador do dano agiu por culpa ou dolo, o importante é que exista um nexo de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato do agente. Havendo essa relação, nasce o dever de indenizar, sendo irrelevante juridicamente se o responsável pelo ato agiu com culpa ou dolo. Nessa forma de responsabilidade, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a alguém e por isso, o agente que a exerceu, tendo a obrigação de velar para que daquela ação não resultasse qualquer prejuízo, terá o dever ressarcitório, apenas pela existência do nexo causal. Não existe a hipótese da responsabilidade indireta, de modo que será responsável por reparar o dano o agente ou a empresa exploradora, desde que haja a tendência de solicitação dos riscos, não havendo também o fortuito, a força maior e a intervenção da vítima ou de terceiros como hipóteses de excludente de culpabilidade.

Dentro da responsabilidade objetiva existe a “Teoria do Risco”. Silvio Rodrigues conceitua muito bem essa teoria ao afirmar que (2003, p. 11) “segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e comportamento sejam isentos de culpa.”

Com essa teoria, fica claro que qualquer agente que criar uma situação que coloque terceiros em perigo será obrigado a reparar o dano, tendo ele sucesso ou não na sua operação. Tal situação existirá quando for verificada a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima de forma objetiva, tendo esta direito de ser indenizada pelo responsável pelo ato que causou dano.

Algumas hipóteses da responsabilidade objetiva dentro do direito brasileiro são: acidentes resultantes do exercício de atividade perigosas como a manipulação de produtos químicos; fabricação de inflamáveis; utilização de um veículo; furto de valores praticados por empregados de hotéis contra hóspedes, sendo o ônus de indenizar do hoteleiro, independentemente de se indagar se há culpa



concorrente; atuação culposa de preposto ou serviçal no exercício do seu trabalho, devendo o empregador responder pelos erros e enganos do empregado, não sendo permitidas provas de não ter havido culpa de sua parte; queda de objetos de uma casa ou seu lançamento em lugar indevido, sendo de responsabilidade objetiva do habitante; pagamento de cheque falsificado por banco; comportamentos administrativos prejudiciais a direito de particular, na qual basta que o nexo causal com o ato de funcionário e que ele esteja em serviço no momento do eventos para que o Estado responda civilmente pelo ato.

Importante destacar que a responsabilidade objetiva não deve ser confundida com a culpa presumida. Esta ocorre apenas nos casos previstos em lei. Há a inversão do ônus da prova e o agente causador do dano será escusado da responsabilidade civil caso prove que agiu com diligência, prudência e perícia esperada para determinada situação, ou seja, é imprescindível a culpa para que haja a responsabilização. Já na responsabilidade objetiva, apesar de haver também a inversão do ônus da prova, o elemento culpa não precisa ser provado, pois a responsabilidade deriva da atividade de risco, de fato estabelecido em lei ou contrato, mas pode ser também excluído caso o réu prove ter sido vítima de caso fortuito, força maior ou ato da vítima ou de terceiros.

A responsabilidade subjetiva difere da objetiva, pois aquela depende do comportamento do sujeito causador do dano para que surja para ele o dever de indenizar. Essa responsabilidade está dentro da concepção tradicional que afirma que a responsabilidade do agente só será configurada se o mesmo agiu com culpa ou dolo. Sendo assim, é indispensável a prova da culpa para haver o dever de ressarcimento. O sujeito responsável pelo ato deve atuar com negligência ou imprudência, como se vê explicitado no art. 186 do Código Civil de 2002, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente

moral, comete ato ilícito."

A partir desse artigo podemos concluir que a obrigação de indenizar quem sofreu dano é simples consequência juridicamente lógica do ato ilícito.

O princípio regente da responsabilidade civil subjetiva é que cada um responde por sua própria culpa e, como se caracteriza em fato constitutivo do

direito à pretensão reparatória, cabe ao autor, todas as vezes, o ônus de provar que a culpa é do réu. Porém, há situações em que a responsabilidade civil recairá sobre uma pessoa que apesar de não ter cometido o dano diretamente, tem uma relação jurídica com quem o cometeu. É o caso da responsabilidade civil indireta, em que não há desprezo do elemento culpa, mas sim uma presunção em função do dever geral de vigilância a que o réu está obrigado. Nesse caso há uma inversão do *onus probandi*, não é mais a vítima que tem que demonstrar a existência de elementos fundamentais de sua pretensão, cabe ao suposto causador do dano demonstrar a ausência de culpa, a fim de se eximir do dever de indenizar.

Após essa explanação fica evidente que a forma de responsabilidade adotada originalmente pelo sistema material brasileiro foi o da responsabilidade civil subjetiva, como nota-se no art. 186 do Código Civil de 2002 supracitado. Porém a teoria objetiva não foi abandonada por completo, havendo autores e artigos do novo Código Civil que a destacam, estabelecendo-se em vários setores da atividade, através de leis especiais.

O art. 927 do Código Civil de 2002 estabelece que:

Art. 927 - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Sendo assim, o novo entendimento que deve reger a matéria no Brasil é a dualidade na responsabilidade civil, de forma que se tem, inquestionavelmente, a responsabilidade subjetiva advinda do sistema anterior e a responsabilidade objetiva, destacando-se em decorrência da atividade de risco gerada pelo autor do dano.

### 2.3 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

Como já visto no item anterior, para que surja o dever de indenizar é necessário, anteriormente, verificar se há demonstração de culpa do agente causador do dano ou alguma excludente de responsabilidade a fim de que seja desconsiderada a sua responsabilidade civil e essa tarefa é de grande dificuldade.

Porém, quando a conduta que deu origem ao dano resulta-se do descumprimento de um dever contratual, essa tarefa torna-se mais fácil, já que, a partir do momento que a parte se obriga a cumprir algo através de um contrato e ela não vem a cumprir o mesmo, sua culpa é presumida. Diante disso, a responsabilidade civil pode ser dividida em responsabilidade contratual e extracontratual. Nesses dois tipos são necessários alguns requisitos. São eles: a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante.

A responsabilidade civil contratual dá-se quando o agente causador do dano e a vítima já estão envolvidas através de uma norma jurídica contratual que as vincula e o dano irá decorrer do descumprimento de obrigação já fixada nesse contrato, ou seja, essa responsabilidade surge com o inadimplemento da obrigação prevista em contrato. Esse conceito aparece de forma clara no art. 389 do Código Civil que prescreve que “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários do advogado.”

O art. 395 do mesmo código dispõe que “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Importante ressaltar que o credor será ressarcido, exclusivamente, pelos danos patrimoniais, prejuízo efetivo e lucros cessantes, sem qualquer menção ao possível dano moral ou prejuízo extrapatrimonial que o inadimplemento do contrato pudesse causar ao credor.

Apesar de os artigos não se referirem em nenhum momento a indenização moral, nada impede que o magistrado a aplique em um caso de indenização por responsabilidade contratual, sendo ele causado por culpa ou dolo, dependendo, como destaca Maria Helena Diniz (2006, p. 143) “da índole da causa geradora da responsabilidade e as circunstâncias de cada caso, visto que uma coisa é o conteúdo da prestação e outra os interesses afetados pelo inadimplemento da obrigação.”

Essa indenização por dano moral será uma espécie de dano moral indireto já que é consequência de lesão a um interesse contratual que trouxe ao credor contrariedade, inquietude, irritação, especialmente quando o objeto do contrato for algo de estimável valor para o contratante.

A responsabilidade civil extracontratual, também chamada de aquiliana, decorre da violação de um mandamento legal, onde não há contrato, apenas por força de uma atuação ilícita do agente causador do dano, ou seja, ela é a violação direta de uma norma legal. Aqui, a culpa deve ser sempre provada pela vítima, já que não há um contrato como na contratual que se presume de quem é a culpa a partir do momento que a obrigação não foi cumprida.

A indenização nos casos de responsabilidade civil extracontratual é muitas vezes incompleta, pois não inclui lucros. O valor considerado justo pelo juiz deverá ser fixado por arbitramento e muitas vezes a vítima ou sua família não vão entender que aquele valor é justo pelo sofrimento causado pelo dano. Essa responsabilidade, como não é regida por contratos, pode ter diversas causas tornando-se muito pessoal por parte do magistrado verificar a culpa do agente e mensurar qual a indenização cabível para um dano que pode ser devastador na visão de certas pessoas, mas não tão grave na visão de outras.

Sobre a responsabilidade extracontratual ou aquiliana, podemos exemplificar o dano à vida e à integridade moral, que ocorre quando o agente mata alguém ou o deixa incapacitado para exercer certas atividades; ofende a honra; assedia moralmente no trabalho; calúnia, injúria e difama; nos delitos contra a honestidade como a violência à liberdade sexual ou ultraje ao pudor; no assédio sexual e ofensas à honra conjugal e os atos ofensivos à liberdade pessoal que constitui o direito de ir e vir. Dando-se como exemplo a relação médico-paciente, a relação extracontratual aparece nos casos em que o profissional atende, ou deixa de atender, alguém fora do seu horário de trabalho. Por exemplo, um médico avista um acidente de carro e vai socorrer os envolvidos, consuma-se aí uma relação extracontratual.

Na relação médico-paciente, a relação que vigora é a responsabilidade contratual. Agindo o médico com imprudência, negligência ou imperícia, terá ele que responder pela má prática da medicina visto que estava obrigado em virtude de liame contratual, não a curar a vítima, pois sua obrigação não era de resultado

e sim de meio, mas de fazer tudo que estivesse ao seu alcance e agir com extremo profissionalismo para que a mesma tivesse o melhor atendimento e chances de melhorar.

O inadimplemento dessa obrigação contratual médica visa satisfazer diretamente um interesse extrapatrimonial do credor, no caso o paciente ou sua família, sendo o dano diretamente não-econômico. Atuando o médico com imprudência, negligência ou imperícia, e chegando a provocar lesões no paciente, configurar-se-á dano patrimonial indireto que englobará gastos advindos do tratamento necessário para a possível recuperação do paciente lesionado e lucros cessantes pelo que o doente deixará de auferir durante sua convalescência, sendo mister reforçar que esse dano é indireto por ser derivado de lesão à integridade corporal o qual se configura interesse não-econômico do paciente.

Porém existem outras hipóteses em que o médico responderá extracontratualmente. Por exemplo, quando ele fornecer atestado falso; ao não denunciar que pessoa não habilitada exerça medicina; ao operar sem estar habilitado para tal ou ao não ordenar a imediata remoção do ferido para um hospital, sabendo que o local onde está sendo tratado não permitirá melhora do quadro do paciente.

### **3 CONCLUSÃO**

A responsabilidade civil é um instituto que aparece nas relações humanas desde antes mesmo de receber tal denominação e apresentando-se sempre que uma pessoa acreditava ter sido preterida em uma relação, seja ela contratual ou extracontratual.

Com o passar dos anos, os conceitos e sua aplicação começaram a ser regulados por leis, como uma forma de melhor esclarecer em quais circunstâncias a responsabilidade deve ser aplicada e em face de quem.

No Brasil, temos a responsabilidade objetiva e subjetiva, diferenciando-se pela maneira como enfrentam a obrigação de reparação de um dano. Bem como a contratual e extracontratual, ou aquiliana, nas quais a responsabilidade civil decorre de um contrato realizado entre as partes, ou por uma violação direta da norma legal, tendo sido elas explicadas ao longo deste trabalho.

Para finalizar o presente artigo, mostrou o exemplo da relação médico-paciente e os tipos de responsabilidade que essa relação acarreta, a fim de demonstrar ao leitor como a responsabilidade civil pode aparecer de maneiras diferentes em um mesmo campo de trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José. **Da responsabilidade civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BRASIL. **Código Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Código do Consumidor**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. 23 ed. São Paulo: Rideel, 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos, vol 3**. 3 ed renovada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume II, teoria geral das obrigações**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. **Responsabilidade Civil por Erro Médico**. 1 ed. São Paulo: Atlas S.A, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil 4**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.



## **VIOLÊNCIA E CIDADES: EM BUSCA DA SOLUÇÃO PARA ALÉM DA CULTURA ARMAMENTISTA**

**GILMAR BRUNO RIBEIRO DE CARVALHO:**  
Advogado.

**Resumo:** O presente trabalho busca demonstrar como a ordem urbana está diretamente relacionada aos índices de violência, neste sentido busca encontrar instrumentos dentro do direito urbanístico para lançar luzes sobre a complexa questão da violência urbana que deve ser resolvida através de uma análise interdisciplinar afastando-se da cultura do enfretamento em busca da prevenção.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Organização física das cidades como fator de influência determinante sobre os índices de criminalidade. 3. A função extraregulatória do direito urbanístico como controle social informal neutralizador da desordem social.

---

### **01) INTRODUÇÃO:**

A análise dos dados relativos a segurança pública do Brasil mostra números preocupantes. O Fórum Brasileiro de Segurança Pública[1], em seu Anuário de 2018[2], aponta que o Brasil gastou 84.7 bilhões de reais em 2017 em despesas com a Segurança Pública, trata-se de um valor muito elevado que reflete diretamente na economia do país.

Nesta toada, em 2017 o Brasil teve 63.880 mortes violentas intencionais. Em 2018 já são 34.305(trinta e quatro mil trezentas e cinco) vítimas registradas nos primeiros oito meses deste ano[3]. É nos centros urbanos que temos os maiores índices de violência pública[4], assim, o presente estudo é filho do seu tempo e busca analisar a realidade violenta que o país enfrenta e sua relação com o espaço urbano.

Ao realizar uma análise superficial das estatísticas, podemos tirar uma conclusão imediata: presentemente a sociedade brasileira está enfrentando uma guerra fragmentada que tem marcado a vida de milhares de pessoas direta e indiretamente.

No processo das eleições gerais de 2018, uma das principais demandas do povo brasileiro é no que tange a segurança pública e seus reflexos, por exemplo, o porte de arma, flexibilização do estatuto do desarmamento, dentre outros.

Recentemente o Decreto presidencial 9.685/2019 alterou facilitou a posse de armas de fogo ao presumir verdadeiro os fatos afirmados na declaração de efetiva necessidade da posse de arma de fogo. Anteriormente a redação do modificado Decreto 5.123/2004 previa que a real necessidade da posse de arma seria examinada pela Polícia Federal segundo as orientações a serem expedidas pelo Ministério da Justiça. Com o novo decreto no Brasil há presunção absoluta da necessidade da posse de arma de fogo.

Um problema tão grande merece ser analisado sobre diversos enfoques, pois a violência gera marcas inéditas na vida do povo Brasileiro. Portanto, é preciso realizar uma abordagem multidisciplinar tentando lançar luzes sobre as trevas da violência que tem causado grave prejuízo a economia da nação.

Os gestores ao apresentar para os eleitores possíveis soluções, é natural que queiram levar ao povo uma panaceia, por exemplo, pondo fim aos problemas da segurança pública com uma política de tolerância zero. O risco é ficar restrito a imputar a pobres e moradores da periferia como os agentes da insegurança, sofrendo esses as sanções estatais.

Em 2017 o escritor e compositor Francisco Buarque de Holanda escreveu uma canção que muito retrata o imaginário brasileiro no tocante a segurança pública e imputação da insegurança a pobres e marginalizados, em sua canção "As Caravanas<sup>[5]</sup>" ao descrever a invasão da praia de Copacabana por moradores de favelas, deixando a população do bairro "Em polvorosa". Esta cena, com pouco esforço, pode ser vista em todo o país, que apresenta quadros de uma completa segregação no que tange aos espaços coletivos e privados de ocupação.

Consoante, podemos observar a relação entre a degradação urbana e a violência. As cidades precisam ter leis que busquem promover a segurança e o bem-estar social, pois a política urbana brasileira e a ordem urbanística positivadas em nosso ordenamento jurídico buscam regular e resguardar esses conceitos em harmonia.

Na vigência da Constituição Federal Brasileira de 1988, o Direito Urbanístico passa a ter a ser um ramo autônomo do direito. É direito, pois tem previsão constitucional e amplo conteúdo normativo. É urbanístico, assim, está totalmente relacionado as cidades.

O conceito de cidade para José Afonso da Silva<sup>[6]</sup> (2010, p.26), "é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não-agrícola, familiar e simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja sua população". Neste sentido, a cidade apresenta em toda a sua complexidade um local de múltiplas relações interdependentes que produzem riquezas e comodidade aos seus habitantes, tendo como característica marcante a de ser a sede do governo municipal.

Sobre o aspecto Urbanístico, recorreremos novamente a doutrina de José Afonso da Silva<sup>[7]</sup> que elenca as principais características de uma cidade em dois elementos essenciais, sendo o primeiro elemento as "unidades edilícias, ou seja, o conjunto de edificações em que os membros da coletividade moram ou desenvolvem suas atividades produtivas, comerciais, industriais ou intelectuais". O segundo elemento refere-se aos "b) os equipamentos públicos, ou seja, os bens públicos e sociais criados para servir às unidades edilícias e destinados à satisfação das necessidades de que os habitantes não podem prover-se diretamente e por sua própria conta."

As unidades edilícias e os equipamentos públicos são as colunas basilares do meio ambiente urbano, deve estar em harmonia com a observância das leis municipais, principalmente as relacionadas a ordem urbana.

No Estatuto da Cidade, lei 10.257 de 2001, está plasmado no seu art. 1º, parágrafo único, que "Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental". Assim, podemos concluir que toda a política municipal tem como escopo o interesse público.

Portanto, resta evidenciado que a segurança e o bem-estar da população compõe um dos objetivos principais da supracitada legislação. Tal inteligência há muito se faz presente nas lições de José dos Santos Carvalho

Filho<sup>[8]</sup> para quem “podemos definir política urbana como o conjunto de estratégias e ações do Poder Público, isoladamente ou em cooperação com o setor privado necessárias à constituição, preservação, melhoria e restauração da ordem urbanística em prol do bem-estar das comunidades.” No que tange a ordem Urbanística prossegue o autor<sup>[9]</sup>, “Constitui ela o alvo de todas as estratégias integrantes da política urbana, de modo que todos os esforços públicos e privados devem objetivar a sua formação.”

Por fim, cumpre analisar a relação entre o direito urbanístico e a violência nas cidades, buscando encontrar soluções no ordenamento jurídico brasileiro que viabilizem políticas públicas eficientes na defesa da segurança pública e bem-estar social.

Embora esteja evidenciado que no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro o problema da insegurança pública não está restrito ao direito penal, criminologia ou sociologia, o desafio desse trabalho é demonstrar que: i) A organização física das cidades exerce influência determinante sobre índices de criminalidade; ii) A função “extra-regulatória” do direito urbanístico como controle social informal neutralizador da desordem social. Posto os desafios nesses termos passamos a detalha-los:

## **2.) A Organização física das cidades como fator de influência determinante sobre os índices de criminalidade.**

De início, é importante salientar que o processo de urbanização no Brasil, que causou concentração da população na chamada zona urbana, em muitos casos se deu de forma desordenada. Neste aspecto, as consequências sociais refletem diretamente da ordem cidadina que por sua vez refletirá na segurança pública das cidades.

Em que pese a legislação ter avançado com a nova lei nº13.465/2017<sup>[10]</sup>, que teve um olhar específico para regularização fundiária brasileira, tendo como principal instrumento o mecanismo de legitimação que constitui uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb<sup>[11]</sup>.

Desta feita, mesmo com todo o avanço da legislação sobredita, inovando em nosso ordenamento jurídico quando comparada a legislação

anterior, qual seja a lei 11.977/2009<sup>[12]</sup>, as diferentes realidades que a municipalidade apresenta constitui um grande desafio para a gestão urbana. Por exemplo, inexistente lei geral que discipline o fenômeno da Gentrificação<sup>[13]</sup> e seus efeitos sobre a ordem urbana.

Assim, com o descolamento da população para ocupar novos espaços urbanos estamos diante de um ciclo vicioso que não ajuda no desenvolvimento das cidades, ao contrário gera degradação ambiental nas novas áreas invadidas.

Neste passo, todos esses aspectos da relação entre o homem e o espaço que ocupa passa a ter reflexos em sua segurança. Ora, a desigualdade que propicia o surgimento da segregação entre ricos e pobres, nesse aspecto estrutural temos um fator de surgimento da violência.

A comunidade pobre que surge em novos aglomerados desorganizados urbanos é a primeira vítima da violência que lá se instala. Ante a completa ausência dos serviços públicos.

Segundo Paulo Afonso Cavichioli Carmona<sup>[14]</sup>, a segregação socioespacial urbana gera violência, pois “nas regiões segregadas ou periféricas, a falta de infraestrutura urbana e a precariedade dos serviços públicos concorrem facilmente para a formação da delinquência.” Entende o autor que “A segregação urbana e seu impacto sobre a estrutura urbana serão mais fortes quanto maior for a desigualdade social, econômica e política. Trata-se, portanto, de um efeito do espacial sobre o social, e não ao contrário, como normalmente se sustenta.”

Assim, resta clarividente que diante da degradação urbanísticas, “poderes” paralelos a atuação estatal passam a ocupar o espaço não preenchido pelo poder público. Neste sentido, o Boaventura Souza Santos<sup>[15]</sup> descreveu esse fenômeno como “pluralismo jurídico<sup>[16]</sup>” demonstrando, por meio de um estudo empírico, a existência de mais de uma ordem jurídica paralela a ordem oficial diretamente criada ante a questão habitacional.

Segue-se como corolário, quando o direito urbanístico se coloca como um direito regulador da ordem urbana aí se forma um instrumento que promove uma efetiva redução dos índices de violência nas cidades.

A lei 13. 465 de 2017 é uma norma geral que dá aos municípios brasileiros um papel central na regularização fundiária. No caso, é chegada a hora dos poderes públicos municipais assumirem seus postos de agente de promoção da ordem social, principalmente no que tange a edição de leis específicas ao novo diploma legal.

A ordem urbana municipal, no que tange a guarda e observância das leis de ordenamento das unidades edilícias e dos equipamentos públicos, não é respeitada pela grande maioria dos munícipes. Noutro ponto, inexistente uma preocupação por regular fenômenos já estudados pela doutrina, como a gentrificação e a própria relação entre a violência e o direito urbanístico.

Na presente hipótese, considerando as variáveis a serem apontadas, é fundamental que os gestores municipais, por meio da legislação específica e políticas públicas que busquem fomentar a efetividade de normas que disciplinem a ordem urbana municipal, o bem-estar do cidadão constituindo o direito urbanístico como um instrumento de paz social.

### **3) A função extraregulatória do direito urbanístico como controle social informal neutralizador da desordem social.**

Na busca de enfrentar o problema da segurança pública com o auxílio do direito urbanístico, podemos encontrar na efetiva atuação estatal, dentro dos espaços urbanos, fomentando a criação de espaços de convivência social em um processo de pacificação de áreas outrora negligenciadas pelo Estado.

Com efeito, a doutrina descreve a função psicológica na ordem urbana, José Afonso da Silva<sup>[17]</sup> leciona que “O traçado equilibrado da cidade concorre também para o equilíbrio psicológico de seus habitantes, visitantes e transeuntes.” Ora, o espaço urbano é construído pelo homem, consequentemente, o meio ambiente urbano influencia a psique dos munícipes.

As consequências desta relação, por sua vez são corporificadas na arquitetura das cidades, conforme aponta Daniela Campos Libório Di Sarno<sup>[18]</sup> “O medo produz alterações físicas que se revelam socialmente nos muros altos, cães ferozes, carros com vidros fechados, renúncia aos passeios a pé”. Assim, conclui a autora, apontando que “uma cidade violenta produz mais violência [...]”. Certa



parcela de homicídios, lesões corporais, corrupção, depredação, furtos, entre outros tipos penais, pode ser creditada ao estado caótico das cidades.”

Por essa investigação preliminar, constata-se uma forte influência do direito urbanístico sobre a segurança pública. Assim, desvela-se o cuidado ao descrever os instrumentos existentes no direito urbanístico, bem como novas possibilidades que busquem promover a segurança pública por meio da gestão municipal.

A influência do meio ambiente urbano sobre os munícipes, pode ser exemplificada na doutrina de José Roberto Marques<sup>[19]</sup> que exemplifica na “falta de iluminação pública na periferia é umas das causas que mais concorrem para a prática de crimes. A iluminação apresenta-se como desestímulo para a prática de criminosa.” A hipótese é que o comportamento do homem é produto do meio ambiente urbano em que vive e que construiu.

Os municípios, em sua função regulatória, devem buscar instrumentos de combate a segregação urbana. Para tanto, os instrumentos de atuação preventiva, e, quando diante da desordem, instrumentos de coercibilidade que podem variar do embargo a aplicação de multas.

Portanto, é preciso estabelecer que cumpre ao direito urbanístico a busca por efetivar instrumentos que propicie uma cidade humanizada e pacífica, devendo assim em meio as variáveis a serem apontadas, estabelecer os instrumentos jurídicos, nas cidades, que propicie a segurança pública e bem-estar da população.

#### **4) CONCLUSÃO**

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar os desafios do ordenamento jurídico brasileiro no que tange a regularização fundiária, bem como buscar instrumentos dentro do direito urbanístico que sirvam para regular o uso do espaço urbano servindo como agente fomentador da segurança pública.

Nesta toada, é preciso um esforço legislativo para formar instrumentos legais que permitam regular o uso do espaço urbano salientando os instrumentos do direito urbanístico que neutralizem o

surgimento de ordens paralelas ao estado, buscando assim regular o espaço urbano em prol da segurança pública.

Evidenciada a relação entre a ordem urbana e sua direta relação com a insegurança pública que a população brasileira enfrenta diariamente nos municípios e capitais. Podemos alertar que existem fatores que não são enfrentados como merecem pelo ordenamento jurídico, como é o caso do fenômeno da Gentrificação, nesse caso o ordenamento jurídico é completamente omissivo, pois não enfrenta um fenômeno de desordem urbana e constante criação da degradação ambiental.

É preciso pensar a cidade como um meio para formar cidadãos e não incentivar a criminalidade. Nesse ponto o papel dos gestores públicos é efetivar os instrumentos previstos no direito das cidades buscando regular o espaço urbano promovendo com o objetivo de levar a segurança pública a população no que podemos chamar de função social na cidade.

## **5) REFERÊNCIAS**

AZEVEDO, Francisco Ferreira dos Santos, 1875-1942. Dicionário Analógico da língua portuguesa: ideias a fins/thesaurus/ Francisco dos Santos Azevedo. 2ª edição, atual. E revista. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

BORÉM, Letícia Santos. O medo da violência como causador de transformação no espaço urbano: o caso de Montes Claros/MG. Viçosa. MG. 2017. 51 f. Dissertação (Mestrado Arquitetura e Urbanismo) —Universidade Federal de Viçosa, Minas Gerais, 2017.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x Cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. Prefácio Daniela Campos Libório Di Sarno. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, /DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, pg. 100.

COSTA, Marco Antonio F. da/ Projeto de Pesquisa: etenda e faça. 6. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico/ Daniela Campos Libório Di Sarno. Baurerri, SP, Manole, 2004, p.104

FILHO, José dos Santos Carvalho. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. Pg 12-13.

GONÇALVES, Hortência de Abreu, 1957-. Manual de artigos científicos: inclui exercícios prático NBR 6022/ Hortência de Abreu Gonçalves. 2. Ed. São Paulo: Avercamp, 2013.

MARQUES, José Roberto. Meio ambiente urbano. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005, p. 110-111.

SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: Souto, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. ( Orgs). Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 202.

SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

#### NOTAS:

[1] Fórum Brasileiro de Segurança Pública(FBSP) é uma organização sem fins lucrativos que, segundo sua carta de adesão, tem por missão atuar como um espaço de permanente e inovador debate, articulação e cooperação técnica para a segurança pública no Brasil.

[2] O Anuário Brasileiro de Segurança Pública, conforme consta do texto de publicação: "foi concebido com o objetivo de suprir a falta de conhecimento consolidado, sistematizada e confiável no campo". Assim, "compila e analisa dados de registros policiais sobre criminalidade, informações sobre o sistema prisional e gastos com segurança pública, entre outros recortes introduzidos a cada edição." Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>. Acesso em: 18 out. 2018.

[3] Dados do Monitor de Violência, "projeto feito em parceria pelo G1, O Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo(NEV-USP)". Disponível em: <http://nevusp.org/monitor-da-violencia>. Acesso em 24 de out. 2018.

[4] Fórum Brasileiro de Segurança Pública em seu anuário de 2018 aponta que as capitais concentram 26,2% ( vinte e seis vírgula 2 por cento) do total de mortes violentas intencionais do país.

[5] “É um dia de real grandeza, tudo azul/ Um mar turquesa à la Istambul enchendo os olhos/ Um sol de torrar os miolos/ Quando Chega em Copacabana/ A caravana do Arará, do Caxangá, da Chatuba/ A caravana do Irajá, o comboio da Penha/ Não há barreira que retenha esses estranhos/Suburbanos tipo muçulmano do Jacarezinho/ A caminho do Jardim de Alá/ É o bicho, é o buchico, é a charanga[...]/ Com negros torsos nus deixam em polvorosa/ A gente ordeira e virtuosa que apela/ Pra polícia despachar de volta/ O populacho pra favela/Ou pra Benguela, ou pra Guiné[...].” ( Francisco Buarque de Holanda,2017).

[6] Silva, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 26.

[7] Ibidem, p. 26.

[8] Filho, José dos Santos Carvalho. Comentários ao Estatuto da Cidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 12-13.

[9] Ibidem, p.60.

[10] “Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos processos de alienação de imóveis da União.” Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm). Acesso em: 19 de out. de 2018.

[11] Art. 23. da lei 13.465 de 2017.

[12] Lei do programa Minha Casa, Minha Vida que dispunha sobre a regularização fundiária de assentamentos urbanos em seu capítulo III, posteriormente revogada pela lei nº 13.465 de 2017.

[13] Trata-se do fenômeno pelo qual, através de uma atuação estatal, áreas outrora ocupadas por população de baixa renda, sofrem um processo de revitalização com obras de infraestruturas e saneamento básico. Assim, após a reestruturação da área a população mais rica passa a adquirir imóveis na região, gerando assim o fenômeno de Gentrificação, que em intenso processo de especulação imobiliária as famílias de renda inferior passam a se instalar em um

novo local sem infraestrutura adequada gerando assim novos aglomerados urbanos em desordem com a legislação e planejamento do município.

[14] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x Cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 100.

[15] Professor da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Coordenador do Observatório Permanente da Justiça.

[16] SANTOS, Boaventura de Souza. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: Souto, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. ( Orgs). Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 202.

[17] Ibidem, p.305.

[18] Di Sarno, Daniela Campos Libório. Elementos de Direito Urbanístico. Baurueri: Manole., 2004, p.104.

[19] Marques, José Roberto. Meio ambiente urbano. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005. p.110-111.

## **DELINEAMENTO DO INSTITUTO DA REVELIA: DA GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO**

**JULIANA PEDROZA CARVALHO:** Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza. Advogada inscrita na OAB-CE sob o número 32750. Possui experiência nas seguintes áreas: Direito Administrativo, Constitucional e Previdenciário.

**Resumo:** Trata-se de análise do instituto da revelia a luz da garantia constitucional do contraditório, em que se destaca preliminarmente a compreensão do contraditório como corolário do devido processo legal, verifica-se que o atual Código de Processo Civil manteve a previsão do contraditório na sua visão tradicional e acrescentou o aspecto substancial. Seguidamente, expôs-se que o exercício do contraditório não é obrigatório pela parte, no caso do réu, em sendo verificado a ausência de contestação nos termos e prazos processuais será declarada à revelia e a incidência dos seus efeitos, os quais podem ser classificados em material e formal. Posteriormente passa-se a distinção entre a revelia e os seus efeitos, especificamente o material, apontando os casos de não incidência desse efeito, debruçando-se de forma mais detida sobre a hipótese do IV do art. e então analisar como a busca pela verdade está contida no processo. O presente estudo tem como objetivo compreender as implicações advindas da revelia no processo, bem como o fato da predominância da busca da verdade real, sendo essa entendida como um elemento satisfativo à justiça processual. Assim, a problemática reside diante dos casos de revelia, sendo afastado alguns de seus efeitos em benefício da verdade.

**Palavras-chave:** Contraditório; revelia; verdade formal e material.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Nuances e aspectos do princípio do contraditório; 3. Os reflexos da declaração de revelia no processo; 4. A mitigação do efeito material da revelia e a verdade no processo; 5. Conclusão; 6. Referências.



## 1. Introdução:

Os princípios assim como as regras norteiam a relação processual, dentre eles destaca-se o do devido processo legal, o qual assegura que o processo será regido por um complexo de normas positivadas previamente no ordenamento jurídico, portanto em total prestígio à legalidade. Por ser o devido processo legal um supraprincípio, ele vincula diversos outros, como é o caso do princípio do contraditório, assim a análise do devido processo legal implica também na verificação da observância do contraditório.

Assegura-se o contraditório no processo judicial e administrativo, em se tratando do processo judicial, há que ser mencionado que tradicionalmente o princípio do contraditório é entendido como o direito a ter ciência da existência de um processo e da prática de atos processuais, somado a possibilidade de se manifestar no processo.

A edição do atual Código de Processo Civil manteve a noção tradicional do contraditório e positivou a ideia já debatida doutrinariamente, a garantia de um contraditório substancial, essa nova visão agrega a anterior que o contraditório exercido pela parte seja considerado pelo magistrado ao proferir a decisão, diz respeito ao poder de influenciar o juiz. É indubitável a importância do contraditório, entretanto há obrigatoriedade na sua garantia no processo o mesmo não se manifestando quando da análise do seu exercício pelas partes em processo.

Denomina-se revelia, a omissão do réu em apresentar contestação nos termos e prazos previstos em lei. Contudo, uma vez tendo a parte exercido o seu direito de ação, o processo se desenvolverá por impulso oficial, incidindo efeitos ainda que diante de uma omissão, sendo esses de ordem material e formal. Pontua-se que o efeito material da revelia, presunção de veracidade dos fatos, não impede o réu de integrar o processo a qualquer momento, podendo inclusive requerer a produção de provas, estando ainda em tempo de produzi-las.

Assim o reconhecimento da revelia não conduz a aplicação obrigatória do seu efeito material, uma vez que o Código de Processo Civil previu quatro hipóteses de não incidência da presunção de veracidade. Explanou-se de forma mais detida os aspectos oriundos da última hipótese, quando os fatos

apresentados pelo autor são inverossímeis ou contraditórios com prova apresentada nos autos. Analisa-se a relação entre essa última hipótese e a busca pela verdade no processo, verificando o papel do magistrado nesse fim.

O presente estudo tem como objetivo geral, investigar os efeitos do instituto da Revelia, face a situações em que alguns dos seus efeitos devem ser afastados diante da existência de um bem maior, a busca pela verdade real no processo.

Neste trabalho, adotou-se como método da pesquisa, a do tipo exploratória, buscando compreender e explorar de forma detida os fundamentos dos institutos processuais em análise, que justificam o afastamento da produção de um efeito legal, analisando os elementos jurídicos e sociais que o justificam.

No que concerne à abordagem do problema, opta-se pela pesquisa qualitativa, uma vez que ela melhor atende o objetivo de compreender a existência dos diferentes resultados advindos do instituto da Revelia, ainda que o contraditório tenha sido assegurado. Quanto ao tipo de pesquisa, será utilizada a bibliográfica e a documental. Para a pesquisa bibliográfica, foram consultadas, livros, periódicos e publicações científicas relativas ao tema. Na pesquisa documental, foram consultadas as seguintes fontes: documentos legais pertinentes a criação aos institutos objetos do estudo, Constituição Federal, leis, resoluções, decretos, estando a pesquisa centrada na análise dos dispositivos do Código de Processo Civil.

## **2. Nuances e aspectos do princípio do contraditório**

A compreensão do instituto do contraditório no direito processual civil perpassa obrigatoriamente pela análise ainda que preliminar do devido processo legal, sem o qual como se constatará, não deve ser conduzida qualquer relação processo-judicial. De modo tal que o contraditório pode inclusive ser considerado como verdadeira expressão do devido processo legal.

O direito processual como ramo do direito público, sofre delimitação pelo direito constitucional, sendo esse último como destacado por Dinamarco (2013), competente para estabelecer princípios que norteiam e condicionam todo o processo<sup>[1]</sup>. A Constituição positivou princípios e garantias na atuação do

sistema processual, nessa senda é que o devido processo legal encontra-se previsto no inciso LIV do art. 5 da CF.

O devido processo legal pode ser compreendido como o princípio que garante a adequada condução de um processo, em que se estabelece o cumprimento de requisitos considerados indispensáveis para a condução da relação processual, cabendo esclarecer que se trata de um princípio que deve estar presente do início ao término do processo, consequentemente, ele estará implícito nos demais princípios, por conta dessa abrangência é que para Nery Junior (2002) seria suficiente que o constituinte tivesse previsto apenas esse princípio, acrescenta o autor que todos os demais princípios estariam devidamente contemplados[2].

O campo de incidência do devido processo legal sobre os demais princípios pode ser constatado quando, por exemplo, a lei fixa os requisitos da ação, estabelece o prazo para apresentar contestação, recursos etc. Assim o referido princípio possui grande abrangência, estando presente ainda que implicitamente em todos os princípios constitucionais e consequentemente nos dispositivos que tratam de regras processuais especificamente.

Na verdade, trata-se de um supraprincípio, de acordo com Montenegro Filho (2016) abrange e irradia o seu conteúdo sobre os demais princípios[3], vinculando toda a dinâmica processual aos dispositivos legais, mantendo relação direta com o princípio da legalidade, tendo reflexo inclusive sobre a atuação do legislativo, na medida em que impõe a observância e compatibilização de novos preceitos com os já existentes e com a própria dinâmica da relação processual.

Ainda que se verifique os reflexos desse supraprincípio sobre os demais, inegavelmente o contraditório e a ampla defesa não são apenas derivações do devido processo legal, mas sua extensão ou mesmo materialização no processo. Cabe ressaltar que em caso, deter-se-á ao princípio do contraditório, por ser o objeto deste capítulo.

A Constituição Federal de 88 pode receber distintas classificações, mais especificamente quanto à extensão das matérias reguladas, sendo classificada como analítica com toda propriedade que a palavra é capaz de agregar. Essa

característica emerge de forma ainda mais cristalina quando se analisa a extensão e o teor dos direitos e garantias eleitos como fundamentais. Assim no título II, o constituinte elegeu os direitos considerados como fundamentais à vida do indivíduo.

O contraditório veio consagrado no art. 5º, inc. LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A previsão do contraditório na Constituição de 88 pode ser apontada como um marco desse princípio no processo judicial e administrativo, isso porque apesar do contraditório já ter sido previsto na Constituição de 1937, a sua aplicação era restrita apenas ao processo penal, o que se manteve nas Constituições de 1946 e 1967.

Contudo, apesar do princípio do contraditório ter sido ampliado desde 1988 pela Constituição Federal, observa-se que a interpretação que vem sendo dada desde a sua ampliação vem passando por alterações significativas, na medida em que houve a superação de uma visão meramente formal de configuração do princípio, para abranger contornos substanciais de sua realização.

O aspecto formal do contraditório é decorrência do modo como esse princípio foi incorporado pela Constituição de 88. Isso se dá porque como prelecionado por Franco (2013) a sua positivação na carta magna de 88 assegura a parte acionada em um processo o direito de se manifestar em relação aos fatos a ela imputados pela parte adversa[4], sendo assim esse princípio em seu aspecto formal garante a parte o direito de se manifestar em relação às alegações da parte autora.

Extraí-se que o contraditório dentro dessa visão formal deve abranger segundo Câmara (2014) o direito de ser ouvido, acompanhar os atos processuais, produzir provas, ser informado regularmente dos atos praticados no processo, motivação das decisões e o direito de impugnar as decisões[5]. Assim esse princípio no seu aspecto formal se materializa no caso concreto quando ao réu é dado conhecimento da existência de um processo e dos atos processuais, como se percebe essa noção formal do contraditório muito se relaciona com a ciência de forma tempestiva das partes acerca dos atos processuais, tendo como momento inicial do contraditório a citação do réu.

O processo evolutivo da sociedade impõe por vezes uma releitura de alguns dispositivos, o que também ocorre em sede de princípios, todavia, ressaltando-se que não se trata propriamente de uma mudança do teor da regra ou princípio jurídico, uma vez que isso na verdade implicaria o reconhecimento de sua revogação através da promulgação de uma nova regra ou princípio jurídico. Assim, fala-se de uma reinterpretação ou de forma mais coerente de uma ampliação de seu entendimento

Dessa forma tem ocorrido com o princípio do contraditório, por meio do aspecto substancial, na medida em que se atribuiu a esse uma perspectiva efetiva e sociológica, mais condizente com a própria evolução. O contraditório substancial significa que as partes têm o direito de exercer o contraditório de modo que esse seja capaz de acordo com Didier Junior (2013) de influenciar o magistrado em sua decisão, ou seja, que o magistrado ao decidir considere os elementos apresentados em sede de contraditório[6], o que em nada se confunde com o deferimento ou indeferimento do pleito sobre julgamento.

É o que Santos (2012) citando Luigi Paolo Comoglio, destaca ao sintetizar os aspectos do contraditório, elencando que as partes em processo têm o direito que o juiz leve em consideração nas suas decisões as defesas, alegações e provas[7], sendo importante garantir ampla participação processual no que toca à manifestações e produções probatórias, respeitados os limites preclusivos processuais.

Com o novo Código de Processo Civil houve o fortalecimento do princípio do contraditório, acrescentou-se o viés substancial acima descrito. Assim passou-se a aplicação do princípio do contraditório sobre uma dimensão mais abrangente, em que se analisa o contraditório sobre o prisma da efetividade. A atual compreensão da contrariedade liga-se diretamente a efetiva participação das partes no curso de todo o processo, prestigiando também o princípio da cooperação, segundo Tartuci (2012), seria a colaboração das partes, seus mandatários e o magistrado contribuindo para a justa composição da controvérsia[8].

Cumprindo por sua vez esclarecer, que não se trata da supressão de um aspecto por outro, mas sim de verdadeira ampliação quanto à compressão do

princípio do contraditório, em que o aspecto substancial vem aumentar a sua abrangência, de modo a não mais se limitar a fase de defesa do réu.

O que se nota é que a interpretação permitida pela visão formal apenas, conduzia a uma leitura do contraditório atrelado somente a comunicação da existência de um processo e a consequente apresentação da defesa. Essa releitura do contraditório promovida pelo atual CPC trouxe para o processo a importância de não apenas assegurar as partes bilateralidade em audiência, mas o direito das partes de expor o seu descontentamento com os fatos e fundamentos da parte autora, estando garantida a possibilidade de influenciar no convencimento do magistrado. Sendo também possível relacionar o aspecto substancial com outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, igualdade e acesso à justiça.

Mesmo sendo o contraditório uma garantia constitucional e processual, o seu titular não está obrigado a exercê-lo, de acordo com Theodoro Junior (2014) a garantia do contraditório deve ser vista como absoluta, apenas no sentido de que nenhum processo ou procedimento deve ser considerado válido sem que se esteja garantido o contraditório[9], já quanto ao titular dessa garantia o mesmo raciocínio não pode ser desenvolvido.

### **3. Os reflexos da declaração de revelia no processo**

O devido processo legal assegura as partes em processo o cumprimento de normas sem as quais o processo e o procedimento não serão considerados válidos, podendo inclusive levar a sua nulidade. Assim o devido processo legal em consonância com Dinamarco (1993) está garantido por meio de normas jurídicas, como é o caso do princípio do contraditório, permitindo a jurisdição promover o regime democrático[10], tendo as partes no processo o direito de se manifestarem e terem essa manifestação apreciada de modo a influenciar no julgamento.

O processo enquanto instrumento de solução de conflitos utilizado pelo Estado se desenvolve por meio de uma sequência de atos das partes e do poder judiciário, concentrado na figura do juiz, contudo de acordo com a previsão legal, a dinâmica processual está disposta de modo que incumbe à parte autora dar início à sequência de atos a serem praticados por meio da propositura da ação, vindo o réu seguidamente a integrá-lo.



Desse modo, ainda que a Constituição Federal de 88 tenha posto a salvo o contraditório como uma das formas de se assegurar o devido processo legal, é preciso que o réu faça parte do processo e a ele seja oportunizado contradizer os fatos desfavoráveis que lhe foram imputados.

Denomina-se citação como sendo o ato processual pelo qual ao réu é dada ciência da existência de um processo em seu desfavor sendo, portanto, chamado a integrar o processo e instaurar a relação processual, contudo como colocado por Lima (2002) a informação é necessária, o mesmo não podendo ser dito sobre a manifestação do réu, a qual é apenas possível de acontecer<sup>[11]</sup>, já que uma vez citada à parte ré, essa tem o livre arbítrio de acordo com o seu juízo de se manifestar ou não no processo.

Em capítulo anterior foram desenvolvidas as nuances e aspectos relevantes acerca do contraditório, por sua vez o réu pode segundo Figueira Junior (2001) decidir não se utilizar dessa garantia constitucional, ficando inerte no processo, trata-se do caso em que o réu mesmo sendo devidamente citado opta por não se manifestar<sup>[12]</sup>. Como bem já colocado o processo é formado por um conjunto de atos previamente definidos e fixados em lei, dispondo a lei acerca não somente dos efeitos processuais de uma conduta ativa de uma das partes, mas também regula a ausência de manifestação no processo.

Entende-se por revelia a omissão do réu em apresentar contestação nos termos e prazos previstos em lei, Arruda Alvim (2000) ressalta a importância da citação ser realizada de acordo com a previsão legal, sendo condição de validade do ato processual<sup>[13]</sup>. O instituto em comento já foi alvo de diversas teorias que tentam explica-lo, por sua vez apresentar-se-á apenas aquelas de maior relevância para a discussão e contribuição para o instituto.

Cita-se a teoria da contumácia liderada pela doutrina penal, para essa a revelia estaria diretamente relacionada com a rebeldia, de modo que a ausência do réu em apresentar resposta confundia-se como ato de desrespeito com o processo, sendo atribuída ao réu uma conotação completamente negativa.

Em contraponto a teoria da contumácia, tem-se a da inatividade, a qual além de apresentar raciocínio divergente da primeira como adiantado, analisa a revelia sobre outro prisma. Desenvolvida por Chiovenda (1998) e Betti essa teoria

compreende que a revelia do réu não deve ser subjetivada, ou seja, não importa o animus que levou o réu a permanecer inerte, nem tão pouco se o fez como ato de rebeldia ao processo[14].

Assim a teoria da inatividade realiza uma análise objetiva do instituto, de modo que a revelia deve ser vista apenas como a ausência de manifestação, nesse sentido é que Calmon Filho (1999) acrescenta que para o juiz o fato a ser levado em consideração é a inatividade, ou seja, os efeitos que essa ocasione, sendo descabida qualquer análise de viés subjetivo[15]. Essa tem sido a teoria adotada majoritariamente em sede de doutrina e de jurisprudência.

Ainda que de forma sucinta o esclarecimento sobre a compreensão das principais teorias que tratam da revelia é medida que se faz necessária para que se passe a análise dos efeitos que incidirão no processo com a sua declaração, bem como consequências e em regra até presunções, mesmo que relativas, conforme se demonstrará adiante.

No que concerne aos efeitos trazidos para o processo decorrentes da ausência de manifestação do réu mesmo após ter sido devidamente citado, impende para melhor entendimento da temática que se recorra à classificação feita pela doutrina quanto ao assunto. Isso porque doutrinariamente os efeitos oriundos da declaração da revelia têm sido analisados sobre duas ordens: uma de cunho formal e outra de cunho material.

O efeito material produz no processo como o próprio nome indica um resultado atinente à matéria em questão, na verdade é o efeito de implicância no mérito da ação discutida, ou seja, relativo ao direito propriamente dito, por isso de extrema relevância para o processo. Esse efeito implica na presunção da veracidade dos fatos alegados pela parte autora, assim dispõe o art. 344 do Código de Processo Civil "Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor".

Ainda que não se tenha feito à análise dos demais efeitos, o efeito material por sua vez acertadamente traz para o processo uma relação de desequilíbrio entre as partes, ainda que num primeiro momento, por isso é que a interpretação quanto a essa presunção de veracidade é dita relativa. Assim o juiz diante da ausência de manifestação do réu segundo Neves (2013) irá considerar os fatos alegados como verdadeiros até o momento que o contrário não seja

demonstrado[16], desse modo á presunção de veracidade é apenas uma imputação inicial da qual parte o juiz para o deslinde do caso.

Adverte Greco Filho (2006) que o fato de haver o reconhecimento da revelia e a aplicação do seu efeito material não torna o juiz obrigado a deferir na sentença os pedidos formulados pelo autor, nem tampouco entender como verdadeiros os fatos, se esse não tiver sido o seu entendimento[17].

Destaca-se o princípio processual do livre convencimento motivado, o qual prevê em última análise, que o Juiz tem que fundamentar o seu entendimento na sentença de modo racional, expondo argumentos concretos, críveis e objetivos para acolher ou não o pedido posto em lide. Assim é que os efeitos da revelia não são de acordo com Souza (2003) automáticos e absolutos, de forma que o juiz pode decidir por não aplica-los quando o conjunto probatório determinar que os fatos não justifiquem a condenação[18].

Isso implica em dizer que os fatos alegados pela parte autora serão presumidos como verdadeiros desde que o contrário não reste comprovado, como se demonstrará adiante mesmo com a decretação da revelia e da incidência de seu efeito material nada impede que o réu venha a se manifestar no processo e apresentar provas que demonstrem serem as alegações feitas pelo autor falsas, afastando a presunção de veracidade dos fatos do autor.

Além do mais, acresce ao já prelecionado que mesmo num primeiro momento o réu seja revel no processo, isso não é impedimento para que ele permaneça nessa condição, desde é claro que no momento em que intervir no processo ainda se esteja dentro de prazo hábil para a produção das provas, isso é o que prescreve o art. 349 do CPC.

Essa possibilidade de produção de provas pelo revel deixa clara a possibilidade de intervenção no processo a qualquer momento, contudo arcará com o ônus de receber o processo no estado em que se encontre, pondo segundo Figueira Júnior (2001) inclusive em risco a oportunidade de produção de determinada prova, uma vez que o processo segue ainda que não haja a apresentação de contestação, o mesmo ocorrendo com a produção de prova que devesse já ter sido produzida[19].

O efeito material da revelia é algo que sempre gerou bastante debate por causa da implicância que a presunção de veracidade traz para o processo, sendo os efeitos da revelia destacados por Passos (1998) como uma medida extremamente drástica no Código de 1973[20], por sua vez o instituto da revelia quanto a esse efeito no atual Código de Processo Civil não sofreu alteração tendo esse efeito sido mantido.

Ultrapassada a análise do efeito material, à revelia também produz efeitos formais ou processuais, são dois. O primeiro deles é o atinente aos prazos para o revel previsto no art. 346 do CPC, os quais serão contados da data de publicação do ato decisório, desde que o réu não possua patrono, assim se o réu vir a constituir advogado as intimações passarão a ser feitas em seu favor. O atual Código de Processo Civil apresenta uma mudança na descrição da contagem do prazo quando comparado com o Código anterior, uma vez que o Código de 73 em seu art. 322 determinava que os prazos processuais correriam independentemente de intimação do revel, tendo o atual Código suprimido essa parte.

O segundo resultado trazido pelo efeito formal no processo é o julgamento antecipado do mérito previsto no II do art. 355, nele o juiz proferirá sentença com resolução de mérito, desde que tenha ocorrido o efeito material da revelia, uma vez que a decretação da revelia não implica em todos os casos na incidência de seu efeito material, o que será explanado posteriormente, deixando claro que a declaração da revelia e a presunção de veracidade dos fatos são coisas distintas. Além do preenchimento desse requisito é preciso que o revel não tenha requerido a produção de prova, desde que feito em tempo hábil a ser realizada.

Contudo deve ser pontuado, que o fato de haver o julgamento antecipado do mérito não representa por si só que a parte autora terá a sua pretensão atendida, devendo o juiz levar em consideração todas as peculiaridades do caso, mesmo que não tenha uma peça contestatória em desfavor do autor. Os fatos alegados não podem de acordo com Parizatto (1991), serem considerados como verdade absoluta, devendo sobre eles recair uma análise que considere toda sua complexidade[21]. Dessa forma o julgamento antecipado do mérito não se confunde como sendo o êxito da parte autora.

Denota-se que a declaração de revelia e mesmo a incidência do efeito material, presunção relativa de veracidade dos fatos, não representa a exclusão do réu do processo, mas apenas a sua ausência enquanto esse assim pretender. O que se percebe é que há um total estímulo para que o réu venha a integrar o processo e nesse influir, o réu poderá intervir no processo a qualquer momento, tendo, no entanto, que arcar com o ônus de receber o processo no estado em que se encontrar, portanto de enfrentar os efeitos já ocorridos.

A doutrina e a jurisprudência vêm cada vez mais firmando o entendimento de que a revelia é tão somente a ausência de contestação do réu e que esse ato não se relaciona com o deferimento do direito objeto da ação. Essa mudança de interpretação é decorrente também das possibilidades previstas no próprio Código de Processo Civil em deixar claro que a ausência de manifestação do réu não será considerada como óbice a sua posterior integração ao processo.

Ainda que o Código de Processo Civil não tenha taxativamente indicado qual teoria adotou em relação à interpretação da revelia, mais precisamente sobre a compreensão acerca da conduta do réu em não apresentar contestação, percebe-se que a teoria da inatividade é a que melhor se amolda aos demais postulados defendidos pelo Código e inclusive pela própria Constituição Federal.

#### **4. A mitigação do efeito material da revelia e a verdade no processo**

Não raro no Direito há que ser feita a distinção entre seus institutos e efeitos, é o caso do instituto da revelia e de seus efeitos, mais especificamente no que concerne ao seu efeito material. Essa necessidade decorre na maioria das vezes por conta que alguns dispositivos legais não apresentam conteúdo claro quanto a esses aspectos. A importância da compreensão de que a revelia, enquanto instituto difere dos seus efeitos vai além de uma questão de melhor interpretação de um dispositivo, significa o reconhecimento de que a declaração da revelia num processo não implica obrigatoriamente na configuração do seu efeito.

Conforme já exposto, à revelia do réu traz para o processo a implantação de efeitos de ordem processual e material, contudo a incidência do efeito material não se dará de forma automática no processo, de modo que será

plenamente possível a constatação da revelia no processo sem que haja a presunção de veracidade dos fatos apontados na petição inicial.

Trata-se de exceções ao efeito material apenas, uma vez que a incidência dos efeitos processuais, serão mantidos. O art. 345 do CPC prevê quatro hipóteses da não produção do efeito material da revelia, quando comparado com o Código anterior nota-se que o atual Código de Processo Civil manteve as primeiras três hipóteses já trazidas no Código de 73, inovando quanto à última hipótese.

No presente estudo, deter-se-á a análise da hipótese prevista no IV do art. 345 do CPC, essa ocorre quando os fatos apresentados pelo autor são inverossímeis ou contraditórios com prova apresentada nos autos. Na alegação inverossímil, o fato em questão não condiz com a realidade, sendo uma não verdade ou ainda um fato não crível, assim em consonância com Moreira (2008) não basta trazer para o processo um fato que em nada se coaduna com a verdade[22]. Há também o caso de contradição, nesse as provas já apresentadas no processo revelam-se contrárias as alegações dos fatos apresentados pelo autor.

Sabe-se que é impossível eleger de modo taxativo e exclusivo qual seria o objetivo do processo, afinal a peculiaridade de cada parte, a pretensão a ser alcançada e a natureza da ação, são apenas alguns dos elementos que podem conduzir a respostas variadas. Entretanto, de um modo geral todo processo partilha da busca pela verdade, podendo esse objetivo ser constatado quando da análise de alguns dispositivos legais, é o caso da última hipótese do art. 345, IV acima descrito. A inclusão dessa hipótese como sendo uma exceção no que tange a incidência do efeito material da revelia, vai além de uma inovação do legislador, deixa claro, segundo Braga (2004) que um fato para ser verdadeiro precisa ter um grau mínimo de plausibilidade, assim fatos inverídicos ou contraditórios não merecem ser confirmados pelo magistrado[23]. Representa a positivação da verdade como um dos objetivos a serem perseguidos na condução do processo.

Denota-se que o teor do dispositivo mencionado ao prevê fatos inverossímeis ou contraditórios, está claramente prestigiando a verdade no processo como algo a ser alcançado, assim sendo verificado a sua violação não se aplicará a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. A inclusão dessa



quarta hipótese possibilita uma reflexão acerca do processo desde a sua propositura, através da petição inicial, até a decisão a ser proferida pelo magistrado.

O processo começa com a manifestação da parte, a qual deve por ato de vontade exercer o seu direito de ação, dando início a existência do processo para solução do conflito, essa inércia do judiciário em relação à propositura de uma ação possui assento no conteúdo do princípio constitucional da inércia processual ou judicial. Sendo assim o princípio da inércia processual também pode ser entendido como uma limitação ao poder do Estado-Juiz de exercer a sua função. Esse princípio veio previsto logo na primeira parte do art. 2 do CPC "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei". Uma vez exercido esse direito de ação pela parte, o órgão jurisdicional que tinha até então que permanecer inerte deverá conforme dicção da segunda parte do mesmo artigo citado dar sequência ao processo, esse entendimento da segunda parte do dispositivo decorre do princípio do impulso oficial do processo, assim o Estado-Juiz permanece inerte até que a parte exerça o seu direito, verificado o seu exercício o juiz dará prosseguimento.

As partes no processo buscam a solução da questão apresentada perante o judiciário. É sabido que ao fim de todo processo haverá uma decisão sobre o litígio em questão, chegando indispensavelmente o juiz a uma decisão, sendo essa externada por meio da sentença, pontua Bedaque (1994), que o juiz não pode se comportar como se fosse um mero expectador dos fatos a ele levados a julgamento<sup>[24]</sup>. O entendimento do direito processual pátrio impõe ao juiz a busca pela verdade no processo, não podendo haver o contentamento com uma decisão fundamentada apenas em presunções, hipóteses ou fatos não provados.

A verdade é algo ínsito a própria existência do processo, o que pode ser percebido quando da análise de qualquer pleito, essa constatação pode ser feita independentemente de se está diante da parte autora ou ré. O autor ao propor a ação por meio de sua petição inicial tentará demonstrar a verdade dos fatos, os quais estarão consubstanciados numa posterior fundamentação jurídica, ao passo que o réu se esforçará para provar que os fatos trazidos pelo autor não são verdadeiros ou o são apenas parcialmente.

Aparentemente, a lide travada por autor e réu pode levar a conclusão precipitada de que se trata restritamente de uma disputa jurídica, quando de fato ambas as partes em processo estão disputando a verdade dos fatos expostos, é claro que o raciocínio esboçado deve partir da existência de uma disputa juridicamente possível e que uma vez demonstrado a veracidade dos fatos, esses encontram amparo no ordenamento jurídico brasileiro.

A busca pela verdade norteia toda a dinâmica processual, podendo ela ser subdividida em verdade formal e material ou real. A verdade formal é aquela que resulta do processo, acrescenta Alvim (1998), que essa pode não estar correlacionada necessariamente com os fatos e ainda assim estará o magistrado diante da verdade[25]. Distintamente a verdade material consiste na possibilidade que tem o magistrado de não se ater a verdade apresentada pelas partes, devendo utilizar de todos os elementos legais para conseguir atingir a verdade no processo, não se contentando com aquela verdade, que buscam as partes imprimir, no caso da revelia principalmente, visto que o juiz possui apenas os fatos trazidos pelo autor e não contestados pelo réu, ressalta-se que de acordo com Dinamarco (2004) isso não significa que ao magistrado serão concedidos poderes ilimitados para a sua atuação[26], mas apenas assegurar uma composição justa do litígio

Sempre que se está diante de uma classificação não raro se é levado a pensar que uma espécie ou elemento dessa classificação impõe automaticamente na eliminação do outro, esse raciocínio durante muito tempo foi aplicado e ainda o é por alguns doutrinadores do direito quando o assunto é a análise da verdade no processo.

A verdade material foi atrelada ao direito processual penal sobre o argumento de que esse ramo do direito diferente dos demais tutelava bens de altíssima relevância para o indivíduo e por isso seria preciso garantir que a condução do processo permitiria chegar a verdade no processo, aponta Silva (2002) que o conteúdo do bem jurídico protegido, liberdade e o jus puniendi do Estado, não possibilitariam erros, de modo que o atingimento desses bens tutelados pelo direito penal impõem uma maior proteção[27]. Já a verdade formal seria a verdade atinente ao Direito Processual Civil, já que nesse ramo do Direito seria suficiente para o deslinde do caso a verificação dos elementos constante nos autos do processo, por não envolver a defesa de direitos que justificasse uma análise mais apurada.

Erroneamente, a classificação da verdade no processo vem sendo interpretada, em que pese todo e qualquer processo independentemente de ser de natureza cível ou penal, o objetivo é o mesmo, qual seja: o alcance de uma decisão justa e consonante com os ditames legais do ordenamento jurídico brasileiro, sendo a verdade peça chave para esse resultado. Assim a classificação da verdade em material e formal de acordo com Marinoni e Arenhart (2000), vem perdendo força, tendo a doutrina processualista moderna entendido, que não há elemento justificador que autorize essa distinção entre a verdade buscada no processo penal daquela do processo civil, em que pese o processo penal tratar da liberdade, o processo civil cuida de direitos enquadrados como fundamentais para uma vida digna do indivíduo[28].

Assim a classificação da verdade em formal e material deve ser vista tão somente como uma forma de compreender a verdade em sua completude, sobre os seus dois aspectos, formal e material. Desse modo a subdivisão apresentada trata de uma classificação sobre a verdade de aspectos que se complementam, portanto, não se excluem. Não há como atingir a justiça de forma efetiva sem que se reconheça a verdade nos seus dois aspectos, o Direito e a verdade se complementam, sendo que o primeiro prescreve as formas jurídicas para que se chegue a verdade dos fatos alegados, que embasam a pretensão a ser julgada. Superada a dicotomia oriunda da classificação da verdade, a atuação do juiz no processo é condição *sine qua non* para que se atinja uma justa decisão, sendo insuficiente um juiz cuja atuação esteja restrita ao rigor dos atos processuais.

## **5. CONCLUSÃO:**

Inicialmente optou-se por expor a importância do princípio do contraditório, ressaltando, que esse princípio é corolário do devido processo legal. Constatou-se que a previsão desse princípio apenas em seu aspecto formal, ciência da existência de um processo ou da prática de um ato e possibilidade de manifestação, não é uma garantia suficiente para efetivação do contraditório. Assim o aspecto substancial do contraditório positivado no atual Código de Processo Civil, reconhece que é preciso garantir que o exercício do contraditório seja capaz de influenciar o magistrado no seu julgamento.

A verificação da garantia do contraditório é medida obrigatória do início ao término do processo, contudo uma vez citado o réu, ele tem a

possibilidade de permanecer inerte, não apresentando contestação de acordo com os termos e prazos previstos em lei. A constatação da revelia, ainda que seja derivada de uma omissão, traz para o processo a instalação de efeitos materiais e processuais. Na análise apresentada deu-se maior destaque ao efeito material, ressaltando o fato de que a presunção de veracidade dos fatos expostos pela parte autora e não contestados pelo réu, é relativa.

Ressalta-se que a incidência do efeito material da revelia não possui aplicabilidade irrestrita, tendo o CPC no art. 345, previsto as exceções a esse efeito, trouxe o atual Código uma inovação quando comparado com o Código de 73, trata-se da hipótese contida no IV “as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”, como exposto durante o trabalho, essa exceção representa a opção do Código em prestigiar a importância da verdade no processo.

Assim, manteve-se a verdade no seu aspecto formal e houve a inclusão do aspecto material, sendo a atuação do magistrado peça fundamental na busca da verdade do processo, sendo essa indispensabilidade verificada no caso da revelia devido à ausência do réu em apresentar contestação.

### REFERÊNCIAS:

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 462. Malheiros Editores, 1993, p. 151.

BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

CALMON FILHO, Petrônio. **A revelia no processo civil romano**. In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Genesis, v. 11, jan. 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: Jus Podium, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**: as relações processuais; a relação processual ordinária de cognição. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Devido processo legal x indevido processo sentimental**: o controle da função jurisdicional pelo contraditório e o modelo participativo de processo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. 2013. v. 29/1. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume2013.1/02.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2017.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. ***O Novo Processo Civil Brasileiro***. 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

PARIZATTO, João Roberto. **Da Contestação e da Revelia**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Direito de comunicação dos atos processuais e suas formas no sistema processual civil brasileiro**: o primeiro conteúdo do princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 115. São Paulo: Dialética, 2012.

SILVA, Nelson Finotti. **Verdade real versus verdade formal no processo civil**. Revista Síntese – Direito Civil e Processo Civil, novembro/dezembro 2002.

SOUZA, Artur César de. Contraditório e revelia. **Perspectiva Crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOTAS:



[1] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 53.

[2] NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 42.

[3] MOTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 26.

[4] FRANCO, Marcelo Veiga. **Devido processo legal x indevido processo sentimental**: o controle da função jurisdicional pelo contraditório e o modelo participativo do processo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. 2013. v. 29/1. Disponível em: <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volume2013.1/02.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2017. p. 45.

[5] CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59.

[6] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 57.

[7] SANTOS, Welder Queiroz dos. **Direito de comunicação dos atos processuais e suas formas no sistema processual civil brasileiro**: o primeiro conteúdo do princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 115. São Paulo: Dialética, 2012, p. 124.

[8] TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 146.

[9] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I** – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 172.

[10] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 151.

[11] LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos Constitucionais do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 186-187.

[12] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, tomo II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 153.

[13] ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Curso de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2000, p. 462.

[14] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil: as relações processuais**; a relação processual ordinária de cognição. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 3, p. 176.

[15] CALMON FILHO, Petrônio. **A revelia no processo civil romano**. In: Genesis – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, Genesis, v. 11, jan. 1999, p. 140.

[16] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 387.

[17] GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006, p.142.

[18] SOUZA, Artur César de. Contraditório e revelia. **Perspectiva Crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 198.

[19] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 392.

[20] PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III. p. 336-342.

[21] PARIZATTO, João Roberto. **Da Contestação e da Revelia**. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 103.

[22] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

[23] BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28.

[24] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994, p. 88.

[25] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 246.

[26] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 54.

[27] SILVA, Nelson Finotti. **Verdade real versus verdade formal no processo civil**. Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil, novembro/dezembro 2002, v. 20, p. 18.

[28] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.5, tomo 1, p. 37.

## O ADVOGADO COMO COMPLIANCE OFFICER

**NELSON KENZO GONÇALVES FUJINO:**

Advogado, pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance. Contabilista, pós-graduado em Direito Tributário. Auditor Interno na Claro Brasil.

**RESUMO:** O artigo visa delinear as nuances do profissional denominado *Compliance Officer*. O termo *compliance* remete ao vocábulo “conformidade”. Conformidade é aquela que está atrelada ao cumprimento de normas internas e externas por parte das organizações e de seus colaboradores, objetivando, assim, mitigar riscos e coibir desvios de condutas que destoam dos padrões de conformidade. Adicionalmente, o *compliance* busca criar e promover uma cultura de integridade na organização. Para que se obtenha êxito no cumprimento desse escopo, necessário se faz implementar um robusto programa de *compliance*, o qual deve ocupar uma posição chave dentro da estrutura organizacional da empresa, alinhando-se com seus diversos departamentos e contando, principalmente, com o suporte da alta administração, norteados pelos princípios da governança corporativa. A fim de concretizar o seu efetivo funcionamento e integração, mister se faz a presença da figura do *Compliance Officer*, o qual tem a missão de implementar, desenvolver, disseminar, monitorar e aprimorar o programa de *compliance*. Nesse contexto, em razão de uma parcela relevante dessas atribuições repercutirem na esfera jurídica, esboça-se um paralelo com a função típica do advogado, percorrendo desde as similaridades, diferenças e possível conflito de interesses. Vinculando ambos papéis num único profissional, chega-se na atuação do advogado como *Compliance Officer*.

**Palavras-chave:** *Compliance*. Programa de *Compliance*. *Compliance Officer*.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. *Compliance*; 2.1. O Programa de *Compliance*; 2.2. O *Compliance Officer*; 3. Considerações finais; 4. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

O presente artigo visa delinear as nuances de um profissional que cada vez mais vem ganhando espaço no cenário corporativo atual: o denominado *Compliance Officer*, porém, conectado à figura do advogado.

Valendo-se do resgate histórico do tema, resta evidente que as fraudes e escândalos verificados no campo empresarial permearam o surgimento de mecanismos de controle nas organizações. E isso se deu de maneira forçosa, vide, como exemplo, a lei anticorrupção nº 12.846/2013.

Nessa toada, emergiu o programa de *compliance*, apresentando-se como ferramenta de combate a essas distorções, posicionando-se no cerne da discussão de assuntos ligados à governança corporativa, a programas de integridade e a boas práticas empresariais.

## **2. Compliance**

O termo *compliance* remete ao vocábulo “conformidade”. Conformidade é essa que está atrelada ao estrito cumprimento de normas internas e externas por parte das organizações e de seus colaboradores, objetivando, assim, assegurar a lisura e eficácia das operações, mitigar riscos e coibir desvios de condutas que destoam dos padrões de conformidade.

Concomitantemente, o *compliance* tem o condão de fomentar e propagar a cultura de integridade dentro da organização.

Para que se obtenha êxito no cumprimento dessa empreitada, faz-se necessário implementar um robusto programa de *compliance*, o qual deve ocupar uma posição chave dentro da estrutura organizacional da empresa, alinhando-se com seus diversos departamentos e contando, principalmente, com o suporte da alta administração (*tone at the top*), norteadas pelos princípios da governança corporativa.

### **2.1 O Programa de Compliance**

Um programa de *compliance* deve ser segregado em quatro fases, perfazendo-se via: implantação, desenvolvimento, monitoramento e aperfeiçoamento. Se relacionada cada uma dessas etapas com seus correspondentes escopos, pode-se afirmar que a implantação equivale à adoção das boas práticas, ao desejo da alta direção e à prevenção dos riscos. Já o desenvolvimento, refere-se à disseminação do programa, gerando a cultura do *compliance* dentro da organização. O monitoramento busca detectar as inconformidades. Por fim, o aperfeiçoamento cobiça a melhoria contínua do programa.

Desse modo, são esquematizadas as vigas mestras ou os pilares do programa de *compliance* que lastreiam cada uma dessas fases. E, a fim de concretizar o efetivo funcionamento e integração dos seus componentes, mister se faz a presença do *Compliance Officer* - aqui tratado como responsável pelo programa -, agente incumbido dessa missão, sendo uma espécie de “arquiteto” do programa.

## **2.2 O Compliance Officer**

*Compliance Officer* é o profissional responsável por implementar, desenvolver, disseminar, monitorar e aprimorar o programa de *compliance*. Ou seja, tem a missão de assegurar a eficiência e eficácia das atividades inerentes aos pilares do programa e suas respectivas integrações.

Cabe a esse profissional se debruçar sobre as balizas que suportam sua operacionalização, tais como: aval e suporte da alta administração, código de ética e conduta, classificação e gerenciamento dos riscos, controles internos, treinamentos corporativos, comunicação e disseminação do programa, canal de denúncia, investigações, auditoria, monitoria e melhoria contínua.

Para isso, é imperioso fazer valer a máxima do termo, qual seja, cumprir e estar em conformidade com as normas internas e externas. De imediato, deve-se instaurar a cultura ética dentro da empresa, formalizando esse princípio através do código de ética e conduta. Passo seguinte, torna-se necessário disseminar a política de integridade. Essa comunicação ocorre via treinamento corporativo e, também, pelas atitudes e exemplos corroborados pela alta direção, trazendo a lume o *tone at the top*.

Contudo, como meta e, frisa-se, tão importante quanto, é a questão da mitigação e gerenciamento dos riscos, os quais devem ser identificados, classificados e monitorados.

Ademais, seguindo o cronograma dos pilares do programa, carece ser instalado o canal de denúncia, realizando-se a investigação correspondente, visando à apuração de fraudes e às irregularidades nos negócios.

Por fim, o *Compliance Officer* necessita monitorar o programa de *compliance* na busca da melhoria contínua.



Como vigilante desses riscos, especialmente na parte em que toca a obediência à legislação aplicável, é que o profissional com formação jurídica se notabiliza. Isso porque, em razão da sua formação, tem mais afinidade com o emaranhado da legislação, sobretudo, no exercício da interpretação.

Não minimizando a similitude com as demais profissões, porém, é nesse estágio que o *Compliance Officer* encontra guarida nos atributos do advogado. O liame entre ambos é extremo.

Destaca-se aqui a necessidade do profissional possuir um vasto conhecimento do ordenamento jurídico, especialmente o que rege o mercado de atuação da organização. A fim de mitigar o risco, é imprescindível conhecer a lei. E mais, demonstrar o fundamento legal que esse risco se enquadra.

Destarte, dependendo do porte e do ramo de atividade de uma organização, requerer-se-á um conhecimento generalista do Direito. Não raras vezes, irá se deparar com assuntos jurídicos de natureza cível, trabalhista, tributária, ambiental, criminal, etc. Soma-se a isso a obrigação desse profissional em manter-se atualizado com relação às questões regulatórias.

Ressalta-se que, o departamento jurídico de determinada empresa, ainda que terceirizado, é um importante aliado do *Compliance Officer* no entendimento das questões legais. Por “falarem a mesma língua”, o *Compliance Officer* com formação jurídica tem esse afazer facilitado.

No âmbito jurídico consultivo, o *Compliance Officer* tem a função de interpretar a legislação e direcionar sua aplicação à atividade empresarial, com o intuito de mitigar eventuais riscos. Essa interpretação, por vezes, é dúbia. Daí a importância do operador do Direito que, valendo-se das técnicas da hermenêutica jurídica<sup>[1]</sup>, consegue aproximar-se da interpretação mais precisa ou, até mesmo, extrair o entendimento mais benéfico à organização.

A mesma técnica pode ser utilizada para questionar e interpretar os pareceres jurídicos e *legal opinions* emitidos.

Aqui, constata-se o verdadeiro sentido do *legal compliance* que, em outras palavras, traduz-se na conformidade da organização com o ordenamento jurídico,

evitando que o seu não cumprimento resulte em um passivo contingente ou em uma provisão contábil, constituindo-se em uma despesa para a empresa.

Sob outra perspectiva, na esfera contenciosa, esse profissional é capaz de fazer uma leitura detida dos andamentos processuais em que a organização é parte, podendo, inclusive, discutir linhas de defesa ou teses com o jurídico. Adicionalmente, é apto para pesquisar e acompanhar a jurisprudência proferida pelos tribunais que podem repercutir nas demandas judiciais da organização.

Numa atuação estratégica, o *Compliance Officer* tem a missão de diagnosticar a natureza das contingências legais, buscar alternativas para mitigar os riscos legais e, conseqüentemente, reduzir as contingências. Feito esse levantamento, planos de ação e medidas de monitoramento devem ser alinhados junto às áreas de negócio, aos controles internos e à auditoria interna.

Ainda em relação às contingências, o advogado com conhecimentos contábeis se sobressai. Isso porque a contabilização das contingências depende das informações que o jurídico fornece à contabilidade. Dependendo da classificação do relatório das contingências jurídicas, uma provisão contábil pode ser levada a cabo.

Frisa-se que, é de bom alvitre que o mesmo profissional, advogado e *Compliance Officer*, não acumule as duas funções dentro da organização. Isso pode gerar um possível conflito de interesses. O *Compliance Officer*, ainda que oriundo do ramo jurídico, na condição de responsável pelo programa, deve reportar-se exclusivamente à alta administração. Uma coisa é a facilidade que ambos gozam para interpretar as leis. Outra é a segregação de funções, mesmo porque o departamento jurídico também será alvo do programa de *compliance*.

Uma conduta considerada legal, às vezes, pode esbarrar nos princípios e normas internas da entidade.

Não obstante, o conhecimento exigido daquele que assume a condição de *Compliance Officer* vai mais adiante, pois, além do domínio amplo do Direito Corporativo, é mandatório que o operador do Direito tenha aptidões que se desdobrem para outros ramos, como: finanças, contabilidade, auditoria, controles internos, departamento pessoal, tecnologia da informação, etc. Por conseguinte,

deve deter uma formação multidisciplinar com conhecimentos atrelados a essas matérias.

Em virtude do programa de *compliance* se integrar às diversas áreas, constantemente haverá uma interface com contadores, auditores internos e externos, administradores, analistas financeiros, etc.

Em relação ao âmbito operacional, o *Compliance Officer* deve gozar de um profundo conhecimento sobre a operação e a estrutura da empresa, já que irá transitar por suas áreas, discutindo e traçando premissas, em um esforço conjunto na busca da mitigação dos riscos operacionais que repercutem no programa.

Acrescentam-se a esses predicados os atributos de cunho pessoal, devendo o profissional portar as seguintes qualidades: ética, integridade, diplomacia, persuasão, paciência, resiliência, independência, autonomia, autoridade, habilidade de comunicação e relacionamento interpessoal.

Portanto, conclui-se que a profissão de *Compliance Officer* anseia por um profissional com múltiplos conhecimentos. Caso a empresa opte por um profissional com formação jurídica, esse deve buscar ampliar seus conhecimentos, visando a atender a complexidade que a profissão de *Compliance Officer* exige e, assim, fazer com que o programa de *compliance* logre o mais repleto êxito.

### 3. Considerações finais

Como visto, o *Compliance Officer* ocupa um dos papéis mais importantes no cotidiano corporativo, sendo sua presença fundamental e indispensável para que a entidade atinja seus objetivos organizacionais.

Por fim, mais do que uma tendência, atualmente, o *compliance* é uma realidade. De maneira mais contundente, pode-se afirmar que é uma necessidade.

Em conclusão, as organizações que possuem e aplicarem um efetivo programa de *compliance*, além de gerarem um benefício interno, serão vistas perante o mercado como uma empresa que preza pela utilização das melhores práticas, fortalecendo sua reputação. Como consectário lógico dentro do mercado competitivo, tendem a ganhar espaço frente aos seus concorrentes.

\*Artigo extraído da Monografia  
apresentada ao Curso de Pós-

Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Corporativo e *Compliance*, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Corporativo e *Compliance* pela Escola Paulista de Direito (EPD).

#### 4. Referências Bibliográficas

##### Livros

ASSI, Marcos. Gestão de *compliance* e seus desafios: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. 1 ed. São Paulo: Saint Paul, 2013. 160p.

CANDELORO, Ana Paula; RIZZO, Maria Balbina Martins; PINHO, Vinícius. *Compliance* 360º: Riscos, Estratégias, Conflitos e Vaidades no Mundo Corporativo. 1 ed. São Paulo: Trevisan, 2012. 454p.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. Manual de *Compliance*: preservando a boa governança e a integridade das organizações. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2010. 163p.

GIOVANINI, Wagner. *Compliance*: A excelência na prática. 1 ed. São Paulo, 2014. 500p.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (Org.). Temas de anticorrupção & *compliance*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 368p.

MANZI, Vanessa Alessi. *Compliance* no Brasil: consolidação e perspectivas. 1 ed. São Paulo: Saint Paul, 2008. 144p.

##### Consultas Eletrônicas e outros

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO (CGU). Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas. Brasília, set. 2015. Disponível em Acesso em 02 abr. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO E ÉTICA EMPRESARIAL (IBDEE). Código de *Compliance* Corporativo: Guia de Melhores Práticas de *Compliance* no Âmbito Empresarial. [2017].Disponível em Acesso em 08 mar. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa.[2018].Disponível em Acesso em 08 mar. 2018.

KALAY, Marcio El. Quem pode trabalhar com *compliance*. maio 2018. Disponível em Acesso em 07 maio 2018.

KIETZMANN, Felipe. Aula. [nov. 2017]. São Paulo: Escola Paulista de Direito (EPD), 2017. Aula sobre o Programa de Integridade – setor da saúde I, Módulo III.

NEVES, EdmoColnaghi. Diretores, Gerentes, Administradores e a obrigação atual de *Compliance*. mar. 2017. Disponível em Acesso em 07 maio 2018.

SERPA, Alexandre; SIBILLE, Daniel. Os pilares do programa de *compliance*. Uma breve discussão. [2017]. Disponível em Acesso em 09 mar. 2018.

NOTA:

[1]É o ramo que diz respeito à interpretação das normas jurídicas, estabelecendo métodos para a compreensão legal.

## COMENTÁRIOS À LEI Nº. 13.772 DE 2018: O NOVO CONCEITO DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA DA LEI MARIA DA PENHA E O NOVO DELITO DO ART. 216-B DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

**JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR:** Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

*MARCEL GOMES DE OLIVEIRA*<sup>[1]</sup>

*(Coautor)*

### INTRODUÇÃO

No dia 19 de dezembro de 2018 entrou em vigor a Lei nº. 13.772 com dois objetivos centrais:

- 1)** alterar a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar; e
- 2)** alterar o Código Penal, para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.



Sabe-se que os meios de comunicação têm evoluído de forma célere e o Direito Penal – a *ultima ratio* –, tem sido constantemente acionado para defender bens jurídicos que outros ramos do direito não têm defendido satisfatoriamente. Exemplo disso se trata da neocriminalização das filmagens não consentidas de atos sexuais (CP, art. 216-B), que se tornaram comum nos últimos anos, causando abalos psicológicos e irreparáveis em diversas vítimas.

Em resumo, citamos a disposição contida no art. 1º da novel Lei nº. 13.722/2018: “Art. 1º Esta Lei reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado”.

Dito isto, passamos de forma sistemática a analisar as duas modificações operadas na legislação brasileira – uma modificação operada na Lei Maria da Penha (novo conceito de violência psicológica) e uma *novatio legis* incriminadora (crime de registro não autorizado da intimidade sexual – art. 216-B, CP).

Ainda de acordo com o art. 4º da referida lei, a mesma entrou em vigor na data de sua publicação.

### **COMENTÁRIOS À LEI Nº. 13.772/2018 – ALTERAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA (NOVO CONCEITO DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA)**

Inegavelmente, a Lei nº 13.772/2018 trouxe um avanço que deve ser aplaudido quanto ao art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), porquanto alterou a indigitada lei para expressamente constar que a “violação da intimidade” da mulher constituiria uma forma de violência no âmbito doméstico, em que o legislador ordinário a inseriu como violência psicológica.

A propósito observemos a novel redação do art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha:

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

**II** - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da

auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, **violação de sua intimidade**, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Para melhor compreensão, trazemos o quadro abaixo para que reste evidenciada a sutil, porém relevante alteração e avanço neste ponto:

Antes da Lei nº 13.772/2018	Redação atual dada pela Lei nº 13.772/2018
<p><b>II</b> - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;</p>	<p><b>II</b> - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, <u><b>violação de sua intimidade</b></u>, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;</p>

Não raras vezes, a mulher dentro da violência de gênero era e é alvo de violação de sua intimidade, como por exemplo, exposição de nudes e vídeos de conteúdo íntimo (cenas de relação sexual ou outras intimidades de cunho sexual) compartilhados com sua pessoa de vínculo, que depois ao término das relações, eram divulgados em redes sociais e outros meios da internet por ex-namorados(as), ex-conviventes, ex-maridos(ex-mulheres), com exposição avassaladora de sua intimidade, deixando marcas indeléveis na sua vida perante a sociedade, família e do círculo de amizade.

A circulação instantânea deste conteúdo com violação da intimidade da vítima pela internet, gerava desde incômodos, situações vexatórias, depressões e até suicídios por parte destas mulheres vítimas da exposição violadora da sua intimidade.

Obviamente, que a violação da intimidade da mulher no âmbito doméstico não se cinge apenas a estes exemplos, embora tenham lamentavelmente sido mais recorrentes, como já ditos anteriormente, dentro do *“revenge porn”*<sup>[2]</sup> e *“sextorsão”*, desde que em periferia do âmbito doméstico.

Nota-se, portanto, que o legislador foi feliz ao ampliar o espectro de tutela da lei penal em prol da vítima de violência doméstica – apesar de ainda entendermos ser tímida a punição para estas condutas que geram efeitos nefastos na vida das vítimas.

Outro apontamento a ser destacado, é no que tange à expressão **“violação de sua intimidade”**, eis que por ser ampla demais, certamente gerará discussões quando a sua abrangência.

Afinal, o que devemos entender por “violação de sua intimidade”? **Qual o seu alcance?**

**Essa tutela abrangeria apenas e tão somente à violação da intimidade da mulher vítima no âmbito doméstico no “aspecto sexual”, ou também abrangeria violação da sua intimidade no “seio familiar”, por exemplo, como exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma viesse implicar na violação da intimidade?**

Em respostas as estas inquietações e seguindo a linha de interpretação (e exegese) sempre com observação da *"mens legis"*, pensamos que o legislador ordinário por meio da alteração legislativa em comento, quis ampliar o âmbito de proteção da mulher, vítima de violência de gênero, mas apenas no campo da intimidade sexual. Tanto é verdade, que na parte da lei incriminadora trouxe também um dispositivo legal sob rubrica de **"registro de imagem não autorizada de intimidade sexual"** (o que reforça nosso ponto de vista do viés apenas de a violação de intimidade estar relacionada com a intimidade sexual). Esse apontado dispositivo veio para suprir uma lacuna no ordenamento jurídico penal, em que não criminalizava o registro não autorizado da intimidade sexual de dimensão sexual, lacuna esta apontada desde tempos pela doutrina e agora suprida – como será abordado adiante.

Logo, a interpretação mais adequada e em conexão com a *"mens legis"* a ser dada em nossa singela opinião, é aquela que prestigie a maior amplitude e alcance possível dessa proteção à intimidade sexual, para se evitar a proteção deficiente frente ao bem jurídico tutelado – embora não descartamos o surgimento de opiniões em sentido contrário, sob o argumento de que o Direito Penal como instrumento para tutelar a mulher, vítima de violência de gênero, deve ser dada à interpretação mais abrangente possível para outras situações que causem de certa forma violação da sua intimidade (como por exemplo exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma implique na violação da intimidade), não devendo o intérprete cingir a letra fria da lei. Outro argumento para essa outra possível corrente é de que a violação sexual<sup>[3]</sup> já estaria prevista no art. 7º, inciso III, da Lei Maria da Penha, logo, com essa inovação legislativa não faria sentido o legislador trazer palavras inúteis no texto da lei, assim o novo conceito da **"violação da intimidade"** (art. 7º inciso II, da Lei Maria da Penha) teria maior amplitude e não se limitaria a **violação de intimidade de cunho sexual**, vez que já existiria a violência sexual expressamente prevista, querendo o legislador com isso, dar uma interpretação mais elástica na Lei Maria da Penha, no tocante à expressão de **"violação da intimidade"**.

De qualquer forma, caberá a doutrina e jurisprudência formarem o entendimento sobre o tema.

## **COMENTÁRIOS À LEI Nº. 13.772/2018 – ALTERAÇÃO NO CÓDIGO PENAL (CRIMINALIZAÇÃO DO REGISTRO NÃO AUTORIZADO DA INTIMIDADE SEXUAL)**

O art. 3º da Lei nº. 13.772/2018 acrescentou ao Código Penal um novo Capítulo (Capítulo I-A: Da exposição da intimidade sexual) dentro do Título dos Crimes Contra a Dignidade Sexual, e dentro deste novo capítulo encontra-se o novo crime com a rubrica marginal de “registro não autorizado da intimidade sexual”, capitulado no art. 216-B, do Código Penal. Passamos a sua análise.

**Art. 3º** O Título VI da Parte Especial do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo I-A:

### **CAPÍTULO I-A:**

#### **DA EXPOSIÇÃO DA INTIMIDADE SEXUAL**

##### **Registro não autorizado da intimidade sexual**

**Art. 216-B** - Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:

**Pena** - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

**Parágrafo único.** Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

**Introdução:** Conforme leciona Rogério Sanches “o tipo preenche a lacuna que existia em relação à punição da conduta de indivíduos que registravam a prática de atos sexuais entre terceiros. Foi grande a repercussão quando, em janeiro de 2018, um casal alugou um apartamento para passar alguns dias no litoral de São Paulo e, depois de se instalar, percebeu uma pequena luz atrás de um espelho que guarnecia o quarto. O inusitado sinal faz com que um deles vistoriasse o espelho e, espantado, descobrisse que ali havia uma câmera instalada. O equipamento foi imediatamente desligado e, logo em seguida, o casal recebeu uma ligação do proprietário do imóvel, que indagou se havia ocorrido algum problema, o que indicava que as imagens estavam sendo transmitidas em

tempo real. Embora se tratasse de conduta violadora da intimidade e que inequivocamente dava ensejo a indenização por danos morais, o ato – não tão incomum – de quem instalava um equipamento de gravação nas dependências de um imóvel para captar imagens íntimas sem o consentimento dos ocupantes não se subsumia a nenhum tipo penal. A partir de agora, é classificado como crime contra a dignidade sexual” (SANCHES, 2018, p. 7)[\[ii\]](#).

**Conceito de dignidade sexual:** O legislador objetivou proteger a liberdade sexual, em vista da dignidade sexual da pessoa humana. Cada indivíduo tem a livre opção de escolher o seu parceiro ou sua parceira que sexualmente se relacionará. A par disso, trazendo à tona os ensinamentos de **Julio Fabrinni Mirabete** (2012, p. 388) a denominação “dada ao Título VI – ‘Dos crimes contra a dignidade sexual’ –, embora não seja isenta de críticas, tem o mérito de evidenciar o deslocamento do objeto central de tutela da esfera da moralidade pública para a do indivíduo. (...) No contexto normativo em que foi utilizado, o termo ‘dignidade’ deve ser compreendido em conformidade com o sentido que lhe empresta a Constituição Federal, que prevê a ‘dignidade da pessoa humana’ como conceito unificador de todos os direitos fundamentais do homem que se encontram na base de estruturação da ordem jurídica (art. 1º, inciso III). (...) Assim, ao tutelar a dignidade sexual, protege-se um dos vários aspectos essenciais da dignidade da pessoa humana, aquele que se relaciona com o sadio desenvolvimento da sexualidade e a liberdade de cada indivíduo de vivenciá-la a salvo de todas as formas de corrupção, violência e exploração”[\[iii\]](#).

**Conceito de exposição da intimidade sexual:** para se ter uma ideia do que o legislador busca proteger com o delito do art. 216-B, CP se faz necessário analisar o significado das palavras que compõe a “exposição da intimidade sexual”. Assim, *expor* significa “fazer com que fique evidente; colocar à vista; descobrir; retirar as vestes, aquilo que tapa; propiciar o conhecimento de; exhibir ou desvelar; fazer com que fique acessível; oferecer; submeter(-se) à vergonha; apresentar ao público; colocar em exposição; fazer que todos vejam”[\[iii\]](#). Já a *intimidade* é definida como “relação estreita ou convívio próximo entre duas ou mais pessoas; privacidade; vida pessoal ou íntima”[\[iv\]](#). E o conceito de *sexual* é “relativo a sexo: órgãos sexuais; relação sexual”[\[v\]](#).



Dito isto, podemos conceituar a exposição da intimidade sexual como “submeter pessoa(s) à vergonha, fazendo com que todos vejam a sua vida pessoal e privada relativa ao sexo, órgãos sexuais ou relação sexual”.

**Novatio legis incriminadora:** o art. 216-B, CP, trata-se de nova lei penal incriminadora e por força constitucional (art. 5º, inc. XXXIX) e infraconstitucional (art. 1º, CP), será aplicada para o futuro, afinal, não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal.

**Objeto jurídico:** É a dignidade sexual de qualquer pessoa (Título VI - Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual) e, de forma mais precisa, a exposição criminosa da intimidade sexual de cada pessoa (Capítulo I-A – Da Exposição da Intimidade Sexual), ou seja, o direito de cada pessoa poder dispor da sua própria intimidade sexual.

**Objeto material:** O objeto material do delito nada mais que o conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

**Núcleo do tipo:** o *caput* do art. 216-B possui quatro núcleos: 1) *produzir* (por em prática, levar a efeito, realizar), 2) *fotografar* (imprimir a imagem de alguém por meio da fotografia), 3) *filmar* (registrar a imagem de alguém por meio de vídeo) ou 4) *registrar* (alocar em bases de dados), por qualquer meio (p. ex. celulares, câmeras fotográficas, câmeras de vídeo, câmeras de computadores etc.), conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes.

Entende-se como cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado qualquer situação íntima que envolva uma ou mais pessoas em ambiente restrito, não acessível ao público. É evidente que se o ato de caráter sexual ocorre em local acessível ao público o bem jurídico tutelado (intimidade) é exposto pelo próprio titular, razão pela qual não pode ser considerado violado pelo terceiro que captura a imagem (SANCHES, 2018, p. 7)[vi].

Ressalta-se ainda, que a intimidade sexual exposta pelo agente ou (casal) em público ou lugar exposto ao público poderá vir configurar o delito de ato obsceno (art. 233, CP).

**Elemento normativo do tipo:** Observe que só haverá o crime se as partes não autorizarem, preenchendo, portanto, o requisito do elemento normativo do tipo (sem autorização dos participantes), por isso se tratar de um crime de violação da intimidade. Por outro lado, caso as partes se sintam à vontade para que terceiros filmem, produzam, fotografem etc. não haverá o delito pelo fato da conduta está encampada pelo consentimento do ofendido.

Por fim, conforme **Rogério Sanches** “embora a lei utilize a expressão participantes – no plural – não se exclui da incidência do tipo o registro não autorizado de apenas uma pessoa em momento de intimidade” (SANCHES, 2018, p. 7)[vii]. Por exemplo, o namorado que registra a cena do ato sexual sem o conhecimento da sua namorada.

**Tipo misto alternativo e a discussão de crime único ou concurso de crimes:** diversos são os núcleos do tipo (produzir, fotografar, filmar e registrar), por isso se falar em tipo misto alternativo, assunto diretamente relacionado ao conflito aparente de normais penais. Isto é, caso o agente pratique no mesmo contexto fático mais de uma conduta descrita no tipo penal (p. ex. o agente filma e fotografa), responderá por um único delito do art. 216-B, não havendo que se falar em concurso de crimes. Por outro lado, se o agente, em contextos fáticos distintos, como, por exemplo, em um momento filma cenas de nudez sem autorização dos participantes, em outro fotografa atos libidinosos sem autorização dos participantes, neste caso, haverá concurso de crimes.

**Meios de execução:** É classificado como crime de forma livre, isto é, pode ser praticado por qualquer meio de execução, até por que o legislador afirma que a produção, fotografia, filmagem ou registro poderá se dar “*por qualquer meio*”.

**Sujeito ativo:** Trata-se de crime comum ou geral, isto é, podendo ser cometido por qualquer pessoa seja do sexo masculino, feminino. Não exigindo o tipo penal qualquer qualidade especial do agente, estaremos perante crime comum ou geral.

**Sujeito passivo:** pode ser qualquer pessoa (homem ou mulher), desde que seja maior, isto é, capaz de consentir o ato. Sobre a análise do assunto remetemos o leitor para o tópico do confronto com o art. 240 do ECA.

**Elemento subjetivo:** É dolo, seja ele direto ou eventual em praticar qualquer das condutas sem autorização dos participantes. Não há expressa previsão legal da modalidade culposa, o que torna inviável a punição por culpa. Por fim, não se exige qualquer finalidade especial por parte do agente (seja financeira, seja para satisfazer a lascívia).

**Consumação:** o crime se consuma com a prática de qualquer das condutas descritas no *caput* ou parágrafo único.

**Tentativa:** Por se tratar de crime plurissubsistente, onde a conduta pode ser perfeitamente fracionada, é admissível o *conatus*. O professor **Rogério Sanches** cita como exemplo o caso de equipamento que esteja instalado e, antes de ser registrada as imagens, a vítima percebe e evita o constrangimento (SANCHES, 2018, p. 8) [\[viii\]](#).

**Ação penal:** É Pública incondicionada. Observe que em conformidade com a redação do art. 225 do CP todos os crimes previstos no “capítulo I e II” são apurados mediante ação penal pública incondicionada. Todavia, o legislador não alterou o art. 225 ao criar o Capítulo I-A, deixando-o, portanto, de fora ao aludido dispositivo. Porém, sabe-se que os crimes só serão de ação penal pública condicionada ou ação penal privada se for expressamente previsto essa modalidade pelo legislador. No silêncio, conclui-se que se trata de crime de ação penal pública incondicionada (inteligência do art. 100, do Código Penal).

**Lei nº. 9.099/1995:** O delito de registro não autorizado da intimidade sexual é crime de menor potencial ofensivo, tendo em vista que a sua pena máxima (1 ano) não ultrapassa dois anos.

**Pena cominada:** detenção de seis (6) meses a 1 (um) ano e multa.

**Modalidade equiparada:** encontra-se prevista no parágrafo único do art. 216-B, prescrevendo que “na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Sabe-se que os meios tecnológicos na atualidade são infinitos e as possibilidades de montagens em fotografias, vídeos ou qualquer outro registro

acompanham a evolução da matéria, não sendo raro às vezes de se fazer montagens para inserir pessoas alheias, causando constrangimento às mesmas. Observe, porém, que nesta modalidade equiparada, não houve necessariamente violação da intimidade, mas um constrangimento da imagem da pessoa[[ix](#)]. Neste caso, a vítima não participa do ato sexual, mas é incluída pelo agente, por meio de montagem, que pode ocorrer em fotografia, áudio ou qualquer outro registro.

Na modalidade equiparada o núcleo do tipo é *realizar*“que significa efetuar, colocar em prática, fazer. Portanto, a ação nuclear indica que o tipo é comissivo, prevendo um comportamento positivo como forma de praticar o delito”[[x](#)]. Por se tratar de delito plurissubsistente a tentativa é perfeitamente possível. O crime se consuma com a efetiva montagem sem consentimento da vítima, pouco importando que se divulgue a mesma (crime formal). O elemento subjetivo é o dolo, acrescido da finalidade especial de “incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo”.

Por fim, se trata de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa. O sujeito passivo também poderá ser qualquer pessoa, desde que maior e capaz de consentir. Motivo pelo qual, caso a vítima seja criança ou adolescente ficará configurado o delito do art. 241-C, ECA[[xi](#)].

***Fake news e vídeo de sócia:*** Saliencia-se que a divulgação de imagens de nudez ou de atos sexuais de pessoas sócias – através de mensagens de “*fake news*”, *informando se tratar de A, quando na verdade é B*, não estaria abarcado pelo tipo penal em comento. Afinal, não houve montagens em vídeo, fotografia, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. Isso obviamente, não faz descartar a incidência de outras tipificações legais que se amoldem ao caso concreto.

**Causas de aumento de pena específica:** analisando o art. 226, CP, percebemos que duas das causas de aumento ali prevista poderão ter incidência sobre o delito do art. 216-B. Assim conforme o aludido dispositivo “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela”. Lembramos que “as causas de aumento de pena, em conformidade com o sistema

trifásico de dosimetria da pena, deverá incidir na terceira fase da mesma, podendo elevá-la além do máximo legalmente previsto. Pode ocorrer a situação de no mesmo crime incidir mais de uma causa de aumento de pena, sendo neste caso aplicado às regras do art. 68, parágrafo único do Código Penal”<sup>[xii]</sup>.

**Causa de aumento de pena genérica:** prevista no art. 234-A, aplica-se a todos os delitos previstos no título VI do CP. Analisando esta causa de aumento, percebemos que poderá ter aplicação ao delito do art. 216-B, na seguinte hipótese: “Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: IV - de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), (...), *se a vítima é idosa ou pessoa com deficiência*”.

**Segredo de justiça:** Conforme o art. 234-B, do CP, os processos em que se apuram crimes contra a dignidade sexual, estando inserido entre eles o art. 216-B, CP, correrão em segredo de justiça.

**Prática de *upskirting* e a incidência do art. 216-B, do CPB:** Em que pese em nosso vernáculo não termos algo para exprimir a tradução de *upskirting*, esta é uma prática de fotografar e registrar imagens por debaixo da saia ou vestido uma pessoa sem o seu consentimento. Geralmente, os adeptos desta prática abominável e ultrajante ficam monitorando suas vítimas (alvos) até o momento de distração para captar e registrar essas imagens, inclusive com exposição do rosto da vítima e do local da prática do *upskirting*. Sem sombras de dúvidas, essa prática causa angústia, dor, humilhação, exposição indevida da intimidade da vítima e sofrimento emocional e certamente estará abrangida pela violação de intimidade (art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha). Desse modo, pensamos que após a vigência da Lei em estudo quem realizar tal prática estará sujeito às penas do art. 216-B, do Código Penal Brasileiro.

**Confronto entre o art. 216-B e o art. 218-C, parte final, ambos do Código Penal Brasileiro:** os núcleos do art. 216-B, do Código Penal estão relacionados ao registro, produção do vídeo, fotografia etc. Por outro lado, os núcleos do art. 218-C, do Código Penal estão relacionados com a divulgação do vídeo, fotografia etc. de cena de sexo, nudez ou pornografia, também sem o consentimento da vítima(s). Veja o quadro abaixo para melhor ilustração:

Art. 216-B, CPB	Art. 218-C, CPB
<p><b>Registro não autorizado da intimidade sexual</b></p> <p><b>Art. 216-B-</b> Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:</p> <p><b>Pena</b> - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.</p> <p><b>Parágrafo único.</b> Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.</p>	<p><b>Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia</b></p> <p><b>Art. 218-C.</b> Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:</p> <p><b>Pena</b> - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.</p> <p><b>Aumento de pena</b></p> <p><b>§ 1º</b> A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.</p> <p><b>Exclusão de ilicitude</b></p> <p><b>§ 2º</b> Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no <b>caput</b> deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos.</p>



Observe que a pena do delito do art. 218-C, CP é muito mais elevada que a pena do art. 216-B, CP, porque o legislador pune-se mais severamente o ato de divulgar que o ato de registrar. Além do mais, o art. 218-C, do CPB dispõe de causa de aumento de pena e hipótese de exclusão da ilicitude, enquanto o art. 216-B, do CPB, nada traz.

**Questão tormentosa que poderá causar celeumas na doutrina e jurisprudência seria o concurso entre os delitos do art. 216-B e 218-C. Indaga-se: o agente que filma e em seguida divulga o vídeo, incorre nos delitos dos arts. 216-B e 218-C, em concurso material ou, incidiria apenas no delito do art. 218-C, ficando o art. 216-B absorvido?**

O professor Rogério Sanches, em posição a qual nos filiamos, defende que “caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena deve responder pelos crimes dos arts. 216-B e 218-C em concurso material” (SANCHES, 2018, p. 8)[[xiii](#)].

**Confronto entre o art. 216-B, CP e art. 240 do ECA:** pelo princípio da especialidade, onde norma especial prevalece sobre a geral, verifica-se que se a conduta do agente for de produzir, reproduzir, dirigir, fotografar ou filmar, por qualquer meio, cena nudez ou ato sexual ou libidinoso, envolvendo criança ou adolescente, incorrerá no delito do art. 240 do ECA, e não no delito do art. 216-B do CP. Vejamos a tabela abaixo:

Art. 216-B, CP	Art. 240, ECA
<p><b>Art. 216-B</b> - Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes:</p> <p><b>Pena</b> - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.</p>	<p><b>Art. 240.</b> Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:</p> <p><b>Pena</b> – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p> <p><b>§ 1º</b> Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação</p>

<p><b>Parágrafo único.</b> Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.</p>	<p>de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenar.</p> <p><b>§ 2º</b> Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime:</p> <p><b>I</b> – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la;</p> <p><b>II</b> – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou</p> <p><b>III</b> – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento.</p>
---	---

Observe que a pena do delito do art. 240, ECA é muito mais elevada que a pena do art. 216-B, CP, pois houve opção aparentemente acertada do legislador de se punir mais severamente os atos de produção que envolvam crianças e adolescentes, diante da vulnerabilidade e hipossuficiência destes sujeitos de direito. Além do mais o art. 240, ECA, dispõe de causa de aumento de pena, enquanto o art. 216-B nada traz.

## **DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Do exposto verificou-se que o objetivo central da lei nº. 13.772/2018 foi trazer proteção para mulher, vítima de violência de gênero, diante de violação da sua intimidade (violência psicológica) e ao mesmo tempo trazer novo dispositivo legal incriminador (incriminando o registro não autorizado de imagem de intimidade sexual), em sintonia com os avanços tecnológicos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

CUNHA, Rogério Sanches da. **Breves comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/18 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)**. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em: 03, jan. 2019.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim Leitão Júnior Leitão; OLIVEIRA, Marcel Gomes de. **As inovações legislativas aos crimes sexuais no enfrentamento à criminalidade: comentários à Lei n. 13.718/2018**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5579, 10 out. 2018. Disponível em: . Acesso em: 3 jan. 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, volume 3: parte especial**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PROCOPIO, Michael. **Novo crime: Registro não autorizado da intimidade sexual**. Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>. Aceso em: 04, jan. 2019.

---

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Coordenadoria de Plantão Metropolitano. Formado pelo Centro Universitário Jorge Amado - UNIJORGE. Foi Advogado e consultor jurídico. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Foi professor de Criminologia, Ética, Direitos Humanos e Cidadania do Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia. Atuou também como professor de Direito Penal, Legislação Penal Especial e Medicina Legal das Faculdades 2 de Julho. E, como professor de Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário da Bahia (Estácio de Sá). Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

[2] **Vingança Pornô; pornografia por vingança ou "Revenge Porn" versus sextorsão**. É importante fixar a diferença entre a sextorsão e a pornografia por vingança. Em sintonia, com as lições do promotor de justiça do Estado de São Paulo, Rogério Sanches Cunha,

a **sextorsão** se dá quando um sujeito possui fotos ou vídeos íntimos de outrem, e através de ameaças, utiliza isso para tirar vantagens econômicas ou sexuais que pode fazer variar eventuais tipificações. Nesta situação, não é necessário o agressor possuir algum vínculo afetivo com a vítima (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kKw1TBSDWwc>). Já a **pornografia por vingança (Vingança Pornô ou “Revenge Porn”)** é uma forma de violência moral que se dá quando um indivíduo publica sem o consentimento da vítima, fotos ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez nas redes sociais ou no mundo virtual. O(a) agressor(a) realiza tal ato como forma de se vingar geralmente pelo fim do relacionamento entre ambos, seja um namoro, casamento ou qualquer laço afetivo. Vale lembrar que, antes da nova Lei nº. 13.718/2018, publicada e com vigência a partir da data de sua publicação, ou seja, com plena vigência a partir do dia 25/09/2018, a **sextorsão** poderia configurar vários delitos a depender do contexto fático (**constrangimento ilegal; estupro, extorsão; ‘estupro virtual’ [ainda que sem contato físico, bastando a mera contemplação, consoante precedentes do STJ]; injúria e difamação**). Sobre a **pornografia por vingança (Vingança Pornô ou “Revenge Porn”)** antes da nova Lei nº. 13.718/2018, se cogitava a incidência dos possíveis crimes a saberem: **injúria; difamação; lesão corporal (na modalidade de violar a integridade psicológica e mental e até mesmo lesão grave pela mal causado à vítima que pode levar a incapacidade habitual desta para período superior a 30 dias)**. Ainda podemos aprofundar discussões de possível homicídio com dolo eventual por ter assumido o agente risco de produzir o resultado morte, por ser garantidor, uma vez que criou a situação de risco ou até mesmo participação do suicídio. De qualquer forma, pensamos que por se ter várias figuras típicas subsidiárias, não poderíamos excluir a possível incidência destes crimes cogitados antes da nova Lei nº. 13.718/2018 – desde que mais graves, por obviedade e apego a redação legal da nova Lei, diante da subsidiariedade.

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

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

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

prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; ([Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018](#))

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

---

[i] Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>

[ii] Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69534/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018>

[iii] Disponível em: <https://www.lexico.pt/expor/>

[iv] Disponível em: <https://www.lexico.pt/intimidade/>

[v] Disponível em: <https://www.lexico.pt/sexual/>

[vi] Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>

[vii] Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>

[viii] Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>

[ix] Há atualmente softwares capazes de simular com muita verossimilhança a participação de alguém em ato sexual praticado por terceiros. Durante as eleições de 2018 8 foi amplamente divulgado o caso envolvendo um candidato que, segundo se apurou à época, foi vítima deste tipo de conduta, que não encontrava correspondência típica específica, embora pudesse, conforme as circunstâncias, se subsumir à injúria, assim como ocorria com a divulgação de imagens de sexo, nudez ou pornografia, hoje tipificada no art. 218-C do Código Penal. (disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>)

[x] Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>

[xi] Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

[xii] Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69534/as-inovacoes-legislativas-aos-crimes-sexuais-no-enfrentamento-a-criminalidade-comentarios-a-lei-n-13-718-2018>

[xiii] Disponível em: <https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/novo-crime-registro-nao-autorizado-da-intimidade-sexual/>



## A QUESTÃO SOCIAL COMO OBSTÁCULO À COESÃO SOCIAL

**MYLENA DEVEZAS SOUZA:** Advogada.  
Mestranda em Direito e Sociologia pela  
Universidade Federal Fluminense - UFF.

**LUIZA ALVES CHAVES:** Advogada.  
Mestranda em Direito e Sociologia pela  
Universidade Federal Fluminense.  
(Coautora)

**Resumo:** O presente artigo trata da problemática social enfrentada pela sociedade moderna, sob os prismas da questão social e da nova questão social, as quais impedem uma melhoria na coesão social. Marcada pela vulnerabilidade e pela exclusão, com significativas diferenças de poder aquisitivo entre as classes sociais, a sociedade moderna atrai a atuação estatal tendente a amenizar as distorções materiais nela existentes, implementando políticas do Estado Providência ou Estado de Bem-Estar Social.

**Palavras chave:** questão social; coesão social; exclusão social; e vulnerabilidade.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A questão social versus a nova questão social. 2. Bem estar social e coesão social. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

---

### Introdução

Com a Revolução Industrial e o desenvolvimento das relações de trabalho, evidenciou-se uma nova relação a qual se estabeleceu entre o capital e o trabalho. Esta relação proporcionou a criação de uma dicotomia entre a classe dos trabalhadores e dos detentores de meios de produção diante da exaustiva exploração a que estes submetiam aqueles. A esse embate entre capital e trabalho se deu o nome de questão social.

Esse estado de coisas não se desfez ao longo do tempo e permanece existindo na sociedade moderna, de maneira atenuada, mas marcada pela elevada desigualdade social, e grandes disparidades de poder aquisitivo entre as classes sociais. Diante da exclusão social, o Estado passou a se preocupar com

mecanismos de proteção social, que passaram a ser implementados de modo a amenizar aquelas disfunções. O Estado de Bem Estar Social é um desses mecanismos.

O Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State* é notoriamente conhecido como aquele que provê diversos benefícios e serviços para os indivíduos, atuando como um agente da promoção da igualdade social e da organização econômica. Nesta organização política, o Estado se torna responsável por regulamentar todos os aspectos sociais, econômicos, e políticos do país.

O *Welfare State*, expressão utilizada pelos ingleses para designar o Estado de Bem-estar é bem mais recente que a expressão Estado-Providência. Esta última, segundo referências históricas encontradas em Rosanvallon, foi usada em 1860, por Émile Ollivier, deputado republicano francês, ao criticar o aumento das atribuições do Estado, na esteira de uma concepção em voga na época, subordinada a uma filosofia social que só reconhecia o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral<sup>[1]</sup>.

Num modelo assim organizado, o Estado experimenta acréscimo às suas atribuições tradicionais e passa assumir posição de prestador de serviços públicos e de proteção à população, ao reverso do modelo liberal, calcado na ideia de um Estado abstencionista, assegurando o gozo dos direitos fundamentais de liberdade e propriedade.

O desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social decorre da ampliação do conceito de cidadania advinda das crises econômicas e políticas enfrentadas durante o século XX, como forma de expurgar pretensões totalitárias e como alternativa ao socialismo. No âmbito do *Welfare State*, todos os indivíduos possuem direitos sociais, os quais são indissociáveis de sua existência, tendo, portanto direito a certos bens e serviços que devem ser garantidos pelo Estado. Dentre esses direitos, está a educação, a garantia de renda mínima, bem como a assistência médica gratuita, dentre outros.

Todavia, este modelo encontrou diversos problemas em sua implementação, diante dos elevados custos necessários para a disponibilização dos serviços de forma gratuita para toda a população. No Brasil, a situação não foi

diferente, sendo complicado afirmar a existência de um Estado de Bem-Estar Social implementado ao longo de nossa história.

Fato é que no Brasil vivencia-se atualmente um agravante da situação, com a precarização cada vez maior dos serviços disponibilizados à população, diante dos sistemáticos cortes de repasses financeiros efetuados pelo governo. Para piorar o cenário, é evidente a nova questão social apontada por Rosavallon existente na sociedade brasileira, diante da reforma trabalhista implementada resultante da aprovação da Lei 13.467/2017, a qual trouxe uma maior flexibilização e precarização das relações de trabalho.

Diante da existência da questão social, e de outras problemáticas sociais na comunidade brasileira, verifica-se que estas se transformam em obstáculos à coesão social, seja diante da ausência de igualdade de resultados ou de oportunidades, a população não vê seus anseios e necessidades atendidos de forma satisfatória. Deve-se ressaltar ainda que diante da imensidão territorial de nosso país, a situação se agrava, já que cada região, cada estado, cada cidade pode ter a sua própria formulação de coesão social, por ter necessidades próprias daquele local, o que dificulta a implementação de mecanismos universais de proteção social.

### **1. A questão social *versus* a nova questão social**

A identificação e a utilização do termo questão social teve início a partir da distinção entre o setor econômico e social, ganhando força com o desenvolvimento da sociologia. Conforme leciona Montañó:

A expressão "questão social" começa a ser empregada maciçamente a partir da separação positivista, no pensamento conservador, entre o econômico e o social, dissociando as questões tipicamente econômicas das "questões sociais" (cf. Netto, 2001, p. 42). Assim, o "social" pode ser visto como "fato social", como algo natural, a-histórico, desarticulado dos fundamentos econômicos e políticos da sociedade, portanto, dos interesses e conflitos sociais. Assim, se o problema social (a "questão social") não

tem fundamento estrutural, sua solução também não passaria pela transformação do sistema[2].

Embora esta distinção tenha se operado e a questão social tenha passado a habitar o campo da sociologia, tal não significa que ela afigure-se como elemento estranho à influência de influxos econômicos e políticos. Em verdade, a questão social deita suas bases em razões de matizes econômicos e políticos, como resultado da interação dialética entre ambos. Nesse sentido:

A “questão social” é separada dos seus fundamentos econômicos (a contradição capital/trabalho, baseada na relação de exploração do trabalho pelo capital, que encontra na indústria moderna seu ápice) e políticos (as lutas de classes). É considerada a “questão social” durkheimianamente como problemas sociais, cujas causas estariam vinculadas a questões culturais, morais e comportamentais dos próprios indivíduos que os padecem[3].

Esses fundamentos de ordem econômica e política desempenharam papel decisivo no surgimento da questão social. É que se convencionou entre os estudiosos do tema que apenas com o surgimento do Estado Moderno, e sobretudo com a revolução industrial, o mundo ocidental passou a reunir as condições necessárias ao estabelecimento da relação trabalho-capital e, por consequência, ao surgimento da questão social.

Essas condições, de caráter político e econômico, consistiam, em apertada síntese, na formação de uma poderosa classe produtora desejosa de que seus interesses fossem protegidos pelo Estado, associada a uma generalizada insatisfação, por parte deste grupo, com a marginalização política destes interesses. O Estado revelara-se, então, incapaz de atender aos anseios de um grupo que, afinal, era o responsável pela manutenção de sua riqueza, e, por isso, precisava ser reformulado.

Apenas com o sepultamento do Estado Moderno e com o surgimento do Estado Contemporâneo, portanto, é que se adota um modelo de organização social confessadamente forjado nos interesses dos detentores dos meios de produção. Nesse modelo, a atividade produtiva, embora detida pelas classes

dominantes, era materialmente executada pela classe dominada, a quem ficava reservadas condições abusivas de trabalho e todos os reveses sociais e econômicos daí decorrentes. Nessa mesma linha:

Tendo como pano de fundo os processos de urbanização e industrialização na sociedade capitalista da Europa no transcurso do século XIX, poderíamos afirmar que a “questão social” deve ser entendida como conjunto de problemáticas sociais, políticas e econômicas que se geram com o surgimento da classe operária dentro da sociedade capitalista. Ela relaciona-se necessariamente no continente europeu à ordem burguesa; ou seja, refere-se ao processo de desenvolvimento do próprio capitalismo[4].

É o cenário de evidente exclusão e desigualdade social, decorrente do embate entre os interesses da classe dominada com os da classe dominante, a que se denomina “questão social”. As condições de pactuação e execução do trabalho neste período inicial do Estado Contemporâneo deram azo a toda sorte de insatisfações relacionadas, sobretudo, a ausência de garantias mínimas estabelecidas em benefício daqueles que não dispunham de nada senão da própria força laboral, mal remunerada, ilimitadamente exploradora e responsável pela perpetuação de mazelas sociais.

A questão social, assim, seria a expressão do processo de formação e desenvolvimento da classe operária e do seu ingresso no cenário político da sociedade, com a exigência de seu reconhecimento pelo empresariado e pelo Estado, cujo núcleo problemático cinge-se, em síntese, na regulamentação e organização da força de trabalho assalariada (PASTORINI).

Nesse contexto, a exploração do trabalho pelo capital ocasiona a acumulação da riqueza gerada pelo trabalhador nas mãos dos detentores dos meios de produção, criando desigualdade econômica e a separação da sociedade em classes antagônicas. Os trabalhadores, apesar de inseridos no mercado de trabalho, não possuíam os recursos necessários ao gozo de uma vida minimamente digna, nem para a aquisição de bens e serviços, por eles mesmos produzidos ou executados.

Assim, a pobreza e a miséria, expressões mais representativas da desigualdade característica da questão social, passam a ser visualizadas como um problema de distribuição do mercado. Isso porque a concentração de renda impedia ou dificultava sobremaneira o acesso dos trabalhadores ao mercado de consumo e, assim, ao mesmo tempo em que havia elevado contingente de mão de obra, inexistia uma massa de consumidores ampla o suficiente para absorver os bens e serviços ofertados na sociedade (MONTAÑO).

A despeito de algumas incursões políticas – Constituição Mexicana de 1917, Constituição de República de Weimar, de 1919, New Deal, nos Estados Unidos da América etc – tendentes a amenizar o quadro de pobreza e exclusão social que se apresentava entre os trabalhadores do início do século XX, a situação precária a que eles eram submetidos experimentou algum agravamento a partir do segundo pós-guerra, com a expansão do modelo capitalista de produção (MONTAÑO):

Assim, a atual estratégia neoliberal de “enfrentamento” da pobreza é diferente da concepção liberal clássica (até o século XVIII — onde se pensa a causa da miséria como um problema de carência, respondendo a ela com a organização da filantropia), é distinta da perspectiva pós-1835 (século XIX — que, a partir da constituição do proletariado como sujeito e de suas lutas desenvolvidas particularmente entre 1830-48, pensa o pauperismo como mendicância e como crime, tratando assim dela com repressão e reclusão), é diferente da orientação keynesiana (século XX até a crise de 1973 — que considera a “questão social” como um “mal necessário”, produzido pelo desenvolvimento social e econômico (ou como um insuficiente desenvolvimento), internalizando a “questão social” e tratando-a sistematicamente mediante as políticas sociais estatais, como direitos, por meio do fornecimento de bens e serviços)[5].

Com efeito, o modelo de produção capitalista está estruturado sobre bases exclusivistas, propiciando a produção e o acúmulo de riquezas por parte de quem detém o capital por meio da utilização da força de trabalho, contratada e executada nos limites mínimos de dignidade ou até abaixo deste. Isso significa



que, embora o trabalhador participe de forma decisiva na produção da riqueza, esta não se converte à sua titularidade ou benefício; produz, mas não para si.

Assim, em sociedades pré-capitalistas a pobreza é o resultado (para além da desigualdade na distribuição da riqueza) do insuficiente desenvolvimento da produção de bens de consumo, ou seja, da escassez de produtos (ver Netto, 2001, p. 46). Contrariamente, no modo de produção capitalista a pobreza (pauperização absoluta ou relativa, conforme caracteriza Marx, 1980, I, p. 747 e 717) é o resultado da acumulação privada de capital, mediante a exploração (da mais-valia), na relação entre capital e trabalho, entre donos dos meios de produção e donos de mera força de trabalho, exploradores e explorados, produtores diretos de riqueza e usurpadores do trabalho alheio[6].

A intervenção estatal, contudo, não se revelou de todo insuficiente. Isso porque, desde o século XIX os países europeus passaram a notar a necessidade de atuação do poder público no sentido de operar pequenas correções nas dificuldades advindas pelo modelo de produção, prática que se espalhou pelo ocidente (ROSAVALLON). No entanto, a preocupação com a ideia de um Estado-Prestacional ou Estado-Providência, como tem sido denominado, voltava-se mais ao objetivo de conter a eclosão de revoltas sociais e ampliar o mercado de consumo, do que com o estabelecimento de uma igualdade substancial.

A partir da década de 1970 iniciou-se o desenvolvimento de pesquisas acerca da existência de uma dita nova questão social, originada do acúmulo de problemas da sociedade pós-moderna, como o acentuado desemprego e a exclusão social e econômica, decorrentes do agigantamento do Estado Providência e de falhas na gestão deste. Trata-se de período em que, uma vez mais, as questões atinentes aos direitos sociais passam a ocupar a centralidade dos esforços estatais:

O surgimento de uma nova questão social traduz-se pela inadaptação dos antigos métodos de gestão do social, como testemunha o fato de que a crise do Estado

Providência, diagnosticada no fim dos anos 1970, mudou de natureza, iniciando uma nova fase a partir do princípio da década de 1990. Além dos problemas lancinantes de financiamento, e das disfunções sempre onerosas dos aparelhos estatais, são discutidos os princípios fundamentais da organização da solidariedade e a própria concepção dos direitos sociais[7].

Os estudiosos da nova questão social acreditam que o contexto de desigualdade do século XIX e início do XX foi superado pelo Estado Providência. Contudo, a adoção e a falta de planejamento deste modelo político-econômico teria sido responsável pelo surgimento de novos problemas, identificados sob o nome de nova questão social. Nesse cenário, o desenvolvimento tecnológico aparece como causa principal do aumento do desemprego e oportuniza a precarização das condições de trabalho.

A precarização, resultado da reestruturação internacional do capitalismo nas últimas décadas, segundo o autor, conduz a uma desestabilização dos estáveis que contribui para aumentar a vulnerabilidade social. Esse crescimento da vulnerabilidade (que seria produto da degradação das relações de trabalho e das proteções correlatas) supostamente estaria indicando a presença de uma “nova questão social”[8].

A precarização consistiria num dos mais evidentes reflexos da nova questão social, ante o aumento do desemprego como circunstância favorável ao desenvolvimento de novos modelos de pactuação do trabalho, tendentes e restringir direitos. Esses novos modelos podem ser bem exemplificados nas figuras da terceirização do trabalho, contrato por tempo determinado, jornadas parciais e, sobretudo, à genérica admissão do discurso da flexibilização de direitos como instrumento apto a garantir o emprego:

Ora, o debate sobre a questão social não pode ignorar este pano de fundo em que as características do trabalho estão profundamente transformadas. Estando estreitamente associada ao esboroamento da sociedade salarial e aos fenômenos de desemprego e de precarização, a exclusão

não corresponde apenas a situações individuais, mas a “uma angústia colectiva face ao risco de perda do emprego e das regalias sociais” (Paugam, 1997, p. 35). Como sustenta Bourdieu (1988), hoje a precariedade está em toda a parte, agindo directamente sobre aqueles que toca (e que deixa sem condições de se mobilizarem) e indirectamente sobre todos os outros, pelo medo que suscita e que é metodicamente explorado pelas estratégias de precarização, como a introdução do princípio da flexibilidade<sup>[9]</sup>.

Neste novo estado de coisas, também, a exclusão parece se operar não decisivamente pelo estabelecimento de um modelo estatal voltado aos interesses do capital, mas por dificuldades circunstanciais advindas de políticas públicas malsucedidas, insuficiência dos serviços de assistência social e uma enorme dificuldade de inclusão social e económica de determinados grupos de pessoas. Nesse sentido, constatou-se que:

Na década de setenta, a sociedade francesa rendeu-se a uma constatação: a pobreza persiste, apesar do crescimento económico. Nesse contexto, a noção de exclusão aparece para designar os inadaptados sociais (deficientes físicos, pessoas inválidas, doentes mentais, crianças abandonadas, menores delinquentes, suicidas, alcoólatras), enfim, indivíduos marcados por dificuldades de sociabilidade ou a-sociais. A esses também se juntavam outras categorias, como vagabundos, antigos delinquentes, prostitutas que não conseguiam encontrar trabalho, e também milhares de famílias das bidonvilles<sup>11</sup> – que não encontravam trabalho e viviam de expediente<sup>[10]</sup>.

O problema da superação da dificuldade de inclusão destes indivíduos não teria sido adequadamente enfrentado pelo Estado. Ao reverso de se adotarem políticas de ampliação da qualificação profissional, teria sido objeto de preferência do poder público a assunção de que grupos como os acima definidos estariam irremediavelmente excluídos da sociedade, razão por que seriam considerados inválidos sociais:

A categoria da “invalidez social” foi inventada nos anos 1980, da mesma forma como se inventou a categoria do “desemprego” no fim do século XIX: para administrar populações que não se conseguia mais inserir normalmente na sociedade<sup>[11]</sup>.

A ideia de invalidez, tal como tem sido recepcionada, provoca reações estatais não no sentido de solucionar a causa da exclusão social ou da invalidez, mas no de garantir a subsistência, em patamares mínimos, àqueles que por um infortúnio ou por condições pessoais encontram-se alijados da participação social e econômica. Portanto, para solucionar problemas característicos do Estado-Providência, adota-se, curiosamente, medidas próprias deste mesmo modelo de organização, tal como faz o Brasil, com a implementação do programa bolsa-família.

## **2. Bem Estar Social e Coesão Social**

O Bem Estar Social é a organização política que irá se preocupar em assegurar à sociedade uma qualidade mínima de vida, fornecendo serviços sociais básicos, sistema de transferência de renda, mecanismos jurídicos de proteção ao indivíduo, dentre outros bens e serviços.

A Coesão social, por sua vez, diz respeito à eficácia com que os serviços e mecanismos implementados pelo Estado irão atuar, de modo a minimizar a exclusão social. Uma sociedade será coesa, portanto, quando apresentar mecanismos eficazes para promover a inclusão social, diminuindo as desigualdades sociais existentes.

A coesão social refere-se, pois, tanto à eficácia dos mecanismos instituídos de inclusão social como aos comportamentos e apreciações de parte dos sujeitos que conformam a sociedade. Esses mecanismos incluem, entre outros, o emprego, os sistemas educacionais, a titularidade de direitos e as políticas que fomentam a equidade, o bem-estar e a proteção social. Já os comportamentos e as apreciações de parte dos sujeitos abrangem âmbitos tão diversos quanto a confiança nas instituições, o capital social,

o sentido de pertencimento e solidariedade, a aceitação de normas de convivência e a disposição para participar em espaços de deliberação e em projetos coletivos[12].

De modo resumido, pode-se dizer que “a coesão social é definida como a dialética entre mecanismos instituídos de inclusão e exclusão social e as respostas, percepções e disposições dos cidadãos diante do modo como tais mecanismos funcionam[13]”. Uma sociedade coesa pode ainda ser aferida pelo sentimento de pertencimento dos cidadãos àquela comunidade, já que aquele cidadão preterido, que não tem direitos reconhecidos ou garantidos, pode não se sentir como parte integrante da comunidade.

Assim, é possível inferir que a coesão social se refere tanto à eficácia dos mecanismos instituídos de inclusão social como aos comportamentos e avaliações dos sujeitos que fazem parte da sociedade. Entre esses mecanismos, destacam-se o emprego, os sistemas educacionais, a titularidade de direitos e as políticas para promover a igualdade, o bem-estar e a proteção social[14].

Aqueles indivíduos que não se sentem como parte integrante da comunidade, que são excluídos dos instrumentos e mecanismos de proteção social a fim de apaziguar a desigualdade econômica, podem ser considerados como indivíduos desconectados da sociedade, e, portanto, caracterizar uma exclusão social existente.

A desfiliação faz com que os indivíduos não estejam mais inscritos nas formas coletivas de regulação, de proteção social, o que os torna “indivíduos portadores de carências”, desde econômicas até simbólicas. Têm-se, então, indivíduos desconectados da sociedade, salientando-se, porém, que esse conceito refere-se a processos feitos de rupturas e pertencimentos e não a uma situação estática. Castel (2003) distingue três zonas de variação da coesão social: 1. Uma zona de integração social que não apresenta dificuldades reais; 2. Uma zona de vulnerabilidade onde se acumulam precariedade de empregos e fragilidade de

suportes relacionais; 3. Uma zona de exclusão onde estão concentrados os indivíduos mais fragilizados[15].

Uma sociedade em que os indivíduos tenham um mínimo de bem estar compatível com o desenvolvimento alcançado por aquele país será uma sociedade coesa, já que garantirá a integração social destes indivíduos, que não estarão à margem da sociedade.

Também se aproxima da noção de coesão social a de integração social, entendida como o processo dinâmico e multifatorial que possibilita às pessoas participar do nível mínimo de bem-estar compatível com o desenvolvimento alcançado em um determinado país. Essa definição opõe a integração à marginalização[16].

A coesão social é um conceito mais amplo do que a equidade, porém relaciona-se à equidade, já que esta diz respeito à existência da igualdade de oportunidade e da igualdade de resultados. A igualdade de oportunidades nada mais é do que a garantia de que todos os cidadãos possuam o mesmo direito garantido, ao passo que a igualdade de resultados equivale a garantir a efetividade dos direitos para todos os cidadãos.

De modo exemplificativo, podemos colocar a questão do direito a saúde pública no Brasil, que é garantida constitucionalmente de forma gratuita a todos os cidadãos brasileiros, existindo portanto uma igualdade de oportunidades. Todavia, não há uma igualdade de resultados ao passo que na realidade parte da população não tem o direito na prática, devido a falta de investimentos públicos e inexistência de hospitais com capacidade para toda a população.

Fato é que em diversas cidades pequenas do interior do Brasil, a população se vê sem acesso a hospitais e a alguns procedimentos básicos, como exames e medicamentos que não são disponibilizados pela rede pública de saúde. O mesmo exemplo pode ser dado com o direito à educação, já que apesar de existir uma igualdade de oportunidades com sua previsão constitucional, não há uma igualdade de resultados, já que é de conhecimento público e notório que em algumas cidades rurais crianças precisam caminhar quilômetros ou se dirigir a outras cidades para receber o ensino escolar básico.



A igualdade de oportunidades encontra na educação um dos seus mecanismos privilegiados. Isso porque, mesmo em uma sociedade com grandes lacunas salariais e de renda, é possível conseguir maior equidade aumentando-se a igualdade de oportunidades entre os filhos de famílias dos estratos alto, médio e baixo para que tenham acesso a melhores postos de trabalho no futuro. Uma distribuição melhor de ativos simbólicos (entre outros, conhecimentos e habilidades) feita hoje facilita a melhor distribuição de ativos materiais (rendas, bens e serviços) no futuro, o que permite reverter a reprodução da pobreza entre gerações<sup>[17]</sup>.

Um Estado de Bem-Estar Social irá buscar a coesão social, já que irá tentar garantir toda a assistência necessária para a população. Todavia, esse bem estar proporcionado para a comunidade não será o mesmo, havendo grandes diferenças entre as cidades, os estados e até mesmo países. Afinal, o bem estar de uma cidade com população majoritária rural, não será o mesmo bem estar de uma cidade onde a maior parte da população é urbana, tendo em vistas que suas necessidades não são as mesmas.

A coesão social será então buscada pelo governo de bem estar social, através de diversas ferramentas, dentre elas por meio da implementação de políticas públicas, sejam estas para proporcionar bens e serviços gratuitos para a população, ou ainda para garantir algum sistema de transferência de renda.

Como assinalado nas seções anteriores, a coesão social é uma relação dinâmica entre fatores objetivos e subjetivos que se relacionam entre si. A política pública pode exercer importante influência na coesão social mediante a ampliação das oportunidades produtivas, o fomento do desenvolvimento de habilidades pessoais, a conformação de redes mais inclusivas de proteção contra vulnerabilidades e riscos, e uma gestão eficiente das finanças públicas. Também em todas essas áreas um esforço sério e perseverante deve ser empreendido, a fim de dotar de plena legitimidade as instituições da democracia<sup>[18]</sup>.

As políticas públicas implementadas pelo governo funcionarão como instrumentos de proteção social, a fim de se equalizar as disparidades econômicas existentes entre as classes sociais e promover a coesão social.

### **Considerações finais**

Conforme exposto nos tópicos anteriores, a questão social é um problema existente na realidade moderna, seja considerada apenas como a questão social “originária”, a problemática social gerada pela dicotomia entre capital e trabalho, ou ainda que se considere a nova questão social, como a precarização das relações de trabalho com a constante flexibilização dos contratos de trabalho e formas de empregos.

Ao mesmo tempo, percebe-se que a coesão social de uma comunidade será determinada por diversos fatores, dentre eles a equidade, aqui considerada como igualdade de oportunidades e igualdade de resultados. Neste diapasão, a existência da questão social caracterizada pelos elevados níveis de desemprego, e uma mão de obra reserva abundante para barateamento dos salários, formaria um obstáculo para a coesão social, e conseqüentemente ao sentimento de pertencimento dos indivíduos à sociedade.

Para Castel, a vulnerabilidade social traria em seu bojo a precariedade do trabalho e, ao mesmo tempo, a ausência dos suportes de proximidade, dos suportes sociais geradores de confiança. Desta forma, a questão social seria caracterizada por uma inquietação quanto à capacidade de manutenção da coesão social<sup>[19]</sup>.

Da mesma maneira, a aferição da existência da nova questão social, com a conseqüente precarização das relações de trabalho, e a configuração de elevadas desigualdades sociais entre as classes, sem que haja instrumentos eficazes para promover a inclusão social será também um obstáculo para que a sociedade tenha um bom nível de coesão social.

Tal seria a “nova questão social”, ou seja, a crise do caráter integrador que o trabalho pode proporcionar, ocasionando a perda da coesão social e sofrimento dos indivíduos que não acessam mais um lugar na organização

social através do trabalho. Desta forma, desemprego e precarização seriam as marcas da nova questão social. Como já mencionado, três processos marcariam o quadro no qual essa nova questão social se desenvolve: a desestabilização dos estáveis, a instalação da precariedade e o déficit de lugares[20].

Percebe-se assim que tanto a questão social quanto a nova questão social ensejariam o bloqueio na busca pela coesão social. Fato é que “o indivíduo hoje é vulnerável, uma vulnerabilidade gerada pelo afrouxamento dos mecanismos de proteção social[21]”, este estado vulnerável do indivíduo é decorrente das questões sociais existentes, as quais agravam as desigualdades sociais.

Cabe ao Estado, portanto, buscar novos mecanismos eficazes de promoção à inclusão social. Porém tais instrumentos devem se atentar para a superação das questões sociais, a fim de descaracterizá-las como um obstáculo à coesão social, podendo proporcionar um maior sentimento de pertencimento à comunidade, bem como uma maior equidade entre os indivíduos.

### **Referências Bibliográficas**

CEPAL. *Coesão Social. Inclusão e sentido de pertencer na América Latina e no Caribe*. LC/G.2334/REV.1, Maio de 2007. Disponível em:

IVO, Anete B. L. *Questão social e questão urbana: laços imperfeitos*. Cad. CRH, Abr 2010, vol.23, no.58, p.17-33. ISSN 0103-4979. Disponível em: .

FERREIRA, Fernando Ilídio. *A questão social, o Estado e o mito redentor da acção local: lógicas e tensões presentes nas políticas e no trabalho social*. Soc. estado., Dez 2008, vol.23, no.3, p.555-589 Disponível em: .

FERRELLI, Rita Maria. *Cohesión social como base para políticas públicas orientadas a la equidade en salud: reflexiones desde el programa EUROsocial*. Rev Panam Salud Publica. 2015;38(4):272-7. Disponível em:

MONTAÑO, Carlos. *Pobreza, "questão social" e seu enfrentamento*. *Serv. Soc. Soc.*, Jun 2012, no.110, p. 270-287. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000200004&lng=pt&nrm=isso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000200004&lng=pt&nrm=isso)>.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. Estado de Bem Estar Social – origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis* n. 5 jul./dez. 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/5738>>

PASTORINI, Alejandra. *A categoria "questão social" em debate*. São Paulo, Cortez, 2004.

ROSAVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ZIONI, Fabiola. *Exclusão Social: noção ou conceito?* *Revista Saúde e Sociedade* v.15, n.3, p.15-29, set-dez 2006. Disponível em:

WERLANG, Rosangela. MENDES, Jussara Maria Rosa. *Sofrimento Social*. *Revista Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 116, p. 743-768, out./dez. 2013. Disponível em:

#### NOTAS:

[1] NOGUEIRA, 2001, p. 90

[2] MONTAÑO, 2012, p. 271)

[3] MONTAÑO, 2012, p. 274

[4] PASTORINI, 2004, p. 104.

[5] MONTAÑO, 2012, p. 277

[6] MONTAÑO, 2012, p. 279

[7] ROSAVALLON, 1998, p.23.

[8] PASTORINI, 2004, p. 65

[9] FERREIRA, 2008, p. 582

- [10] IVO, 2010, p. 22
- [11] ROSAVALLON, 1998, p. 102
- [12] CEPAL, 2007, p.24
- [13] CEPAL, 2007, p. 25
- [14] FERRELLI, 2015, p. 01.
- [15] ZIONI, 2006, p. 22/23.
- [16] FERRELLI, 2015, p. 02
- [17] CEPAL, 2007, p.70
- [18] CEPAL, 2007, p.63
- [19] WERLANG; MENDES, 2013, p. 749
- [20] WERLANG; MENDES, 2013, p. 750
- [21] WERLANG;MENDES, 2013, p. 751

## ASPECTOS METODOLÓGICOS UTILIZADOS NAS ESCOLAS PARA ALUNOS COM SÍNDROME DE DOWN

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:** Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

MARIA ISMENHA VIEIRA DO AMARANTE<sup>[1]</sup>

(Coautora)

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre os aspectos metodológicos utilizados nas escolas para alunos com síndrome de Down.

**Palavras-chave:** Aspectos metodológicos. Utilizados. Alunos. Síndrome de Down.

**Abstract:** This article aims to summarize a study about the methodological aspects used in schools for students with Down syndrome.

**Keywords:** Methodological aspects. Used. Students. Down's Syndrome.

**Resumen:** Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre los aspectos metodológicos utilizados en las escuelas para alumnos con síndrome de Down.

**Palabras clave:** Aspectos metodológicos. Utilizado. Estudiantes. Síndrome de Down.

**Sumário:** Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

---

### Introdução

Segundo os estudos realizados por Pueschel (1986) a Síndrome de *Down*, ou trissomia do cromossomo 21, é uma alteração genética causada por um erro na divisão celular durante a divisão embrionária. Os portadores da síndrome, em vez de dois cromossomos no par 21, possuem três cópias. Em alguns poucos casos



raros, as pessoas tendo o distúrbio são trissômicas para partes pequenas do cromossomo 21.

De acordo com o mesmo autor, em alguns casos, pode ocorrer a translocação cromossômica, isto é, o braço longo excedente do 21 liga-se a um outro cromossomo qualquer. Mosaicismo é uma forma rara da síndrome de Down, em que uma das linhagens apresenta 47 cromossomos e a outra é normal.

Alterações provocadas pelo excesso de material genético no cromossomo 21 determinam as características típicas da síndrome:

Olhos oblíquos semelhantes aos dos orientais, rosto arredondado, mãos menores com dedos mais curtos, prega palmar única e orelhas pequenas;

Hipotonia: diminuição do tônus muscular responsável pela língua protusa, dificuldades motoras, atraso na articulação da fala e, em 50% dos casos, cardiopatias;

Comprometimento intelectual e, conseqüentemente, aprendizagem mais lenta.

Conforme (LEJEULEME, apud SCHWARTZMAN, 1999), a síndrome de down foi a primeira síndrome associada a uma aberração cromossômica, sendo a principal causa genética da deficiência mental.

## **2 Desenvolvimento**

Neste sentido esta doença foi correlacionada com o fenótipo com sua expressão cariotípica mais frequente, que é a trissomia do cromossomo 21.

Brunoni (1999) descreve a SD como uma cromossomopatia cujo quadro clínico global deve ser explicado por um desequilíbrio na constituição cromossômica, no caso a presença de um cromossomo a mais no par 21, caracterizando assim uma trissomia 21, termo este referente à presença de um cromossomo a mais no cariótipo de uma pessoa, fazendo com que o número total de cromossomos na SD seja 47 e não 46.

A trissomia 21 é um acidente genético que ocorre no momento da concepção em 95% dos casos. Com o avanço da idade materna existe uma maior probabilidade de gestar um bebê com alterações cromossômicas como a Síndrome de Down, principalmente acima dos 35 anos de idade. Isso acontece, pois, os folículos que dão origem aos óvulos da mulher já nascem com elas, e células mais velhas tem maiores chances de terem erros durante seu processo de divisão, o que pode causar a presença de um cromossomo a mais ou a menos nos óvulos.

Conforme estatísticas apresentadas nos estudos realizados por especialistas como Pueschel (1986), uma grávida de 30 anos tem 1 em 1.000 chance de ter um bebê Down. Aos 35 anos, as chances são de 1 em 400. Aos 40, 1 em 100, e aos 45 as chances são de 1 em 30. No entanto, mulheres com menos de 35 anos também podem gestar uma criança com síndrome de Down.

A Síndrome de Down ou Trissomia do 21, conhecida também como mongolismo, é uma alteração associada a deficiência mental mais frequente do planeta.

A causa da Síndrome de Down pode ser chamada de simplesmente um erro ou acidente biológico. A criança tem um cromossomo extra nas células do seu organismo, a Trissomia do Cromossomo 21, é este cromossomo que produz as alterações no seu desenvolvimento físico e mental. A maioria dos portadores da Síndrome de Down possui três cromossomos 21 soltos em suas células, e assim possuem 47 cromossomos e se denomina "Trissomia Simples".

Este acidente cromossômico pode se dar no momento do desenvolvimento do óvulo ou do espermatozoide, ou na primeira divisão celular do ovo fertilizado. Por isso uma criança Down pode nascer de qualquer classe, de qualquer etnia, credo, independente de cuidados durante a gravidez.

Segundo Stratifort (1997, p.73), muito foi escrito sobre a idade materna e Síndrome de Down, mas muito também se configura como folclore. Devo dizer inicialmente que a maioria das crianças com Síndrome de Down nascem de mães com idades entre dezenove e vinte e seis anos". Porém considera-se que as mulheres com mais de 40 anos têm tendência a ter filho com anomalias cromossômicas, mas nesta faixa etária, as possibilidades de acontecer uma gestação, já são mais limitadas.

Como a maioria das mulheres que têm filhos é jovem, cerca de 80% das crianças com Síndrome de Down nascem de mulheres com menos de 35 anos. Mas a incidência da Síndrome de Down em mulheres mais velhas é maior. De cada 400 bebês nascidos de mães com mais de 35 anos, um tem Síndrome de Down.

As crianças com Síndrome de Down em geral têm características físicas peculiares, por exemplo: os cabelos podem ser normais, mas em geral são finos e hipopigmentados; lábios finos e fissuras que aumentam a prevalência e severidade com a idade; abertura das pálpebras inclinadas com a parte externa mais elevada; prega da pálpebra no canto dos olhos; prega única na palma das mãos, dentre outras.

Até os cinco anos o cérebro das crianças com Síndrome de Down, encontra-se anatomicamente similar ao de crianças normais, apresentando apenas alterações de peso, que nestas crianças encontra-se inferior a faixa de normalidade, que ocorre devido uma desaceleração do crescimento encefálico iniciado por volta dos três meses de idade.

Esta desaceleração encontra-se de forma mais acentuadas em meninas, onde observamos, também, frequentes alterações cardíacas e gastrintestinais. Schwartzman (1999, p. 47) relata que há algumas evidências de que durante o último trimestre de gestação existe uma lentificação no processo da neurogênese. Apesar da afirmação as alterações de crescimentos e estruturação das redes neurais após o nascimento são mais evidentes e estas se acentuam com o passar do tempo.

A Síndrome de Down é relativamente frequente, estima-se que nascem no Brasil por ano 8 mil crianças e que existem, entre crianças e adultos, mais de 100 mil brasileiros com Síndrome de Down, conforme Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais.

O nome "mongolismo" é devido a traços físicos das crianças que os tornam parecidos com os habitantes da Mongólia. O nome correto é Síndrome de Down.

Síndrome é o conjunto de características que prejudica de algum modo 81% do desenvolvimento da pessoa. Down é o sobrenome do médico que descreveu a Síndrome no passado, por volta de 1866.

Segundo Voivodic (2008), cariótipo corresponde à identidade genética do ser humano e é por meio de um exame conhecido como cariograma que se é

possível obtê-lo. A partir de uma ultrassonografia, também podemos fazer o diagnóstico da SD, vendo a dobra ou espessura da nuca.

Ainda sobre o diagnóstico da SD, Costa (2011) nos apresenta que pode ser feito nas primeiras horas de vida pelas características físicas e confirmada posteriormente por análises do cariótipo.

De acordo com Pueschel e Cunningham (1999 apud Costa, 2011), as causas da SD ainda são desconhecidas e, apesar de todos os estudos, a erradicação ainda não é garantida.

Outro fator de risco é a idade da mãe. Mulheres mais velhas, principalmente após os 35 anos, apresentam riscos maiores de terem filhos trissômicos, possivelmente devido ao fato do envelhecimento dos óvulos. Schwartzman (1999 apud PEREIRA-SILVA e DESSEN, 2002) confirma isso no trecho abaixo:

Um dos fatores [...] mais frequentemente associados a esta síndrome é a idade da mãe, pois as mulheres já nascem com uma quantidade de óvulos que envelhecem à medida que elas também envelhecem. Portanto, quanto mais velha a mãe, maior será a probabilidade de incidência da SD. (p. 168)

O comportamento e o desenvolvimento de pessoas com SD dependem muito dos estímulos que recebe e do meio em que vive. Sobre esse pensamento, Costa (2011) faz a seguinte afirmação:

Não existe nenhum manual que expresse as possibilidades de desenvolvimento de qualquer criança [...] cada criança é um ser único, que pode ter mais ou menos dificuldades de se adequar ao mundo. [...] os estímulos e a atenção adequados dispensadas a essas crianças desde o nascimento podem fazer com que os mesmos superem as expectativas de desenvolvimento. (p. 18)

Ainda sobre esta discussão, Schwartzman (1999 apud VOIVODIC, 2008), adverte:

Não devemos esquecer, em nenhum momento, das grandes diferenças existentes entre os vários indivíduos com SD no que se refere ao próprio potencial genético, características raciais, familiares e culturais, para citar apenas alguns e que serão poderosos modificadores e determinantes do comportamento a ser definido como características daquele indivíduo. (p. 42) Traços morfológicos: características relacionadas à forma da pessoa, por exemplo, formato cabeça, das mãos, dos pés e etc.

Apesar da diferença no tempo de desenvolvimento de uma criança com SD e outra sem isso não quer dizer que elas não são capazes de se desenvolverem. Voivodic (2008) deixa clara essa afirmação: "O ser humano é muito mais que sua

carga biológica, e é por meio de interações com o meio e da qualidade dessas interações, que cada indivíduo se constrói ao longo de sua vida.” (p. 48)

Inúmeros estudos sobre o desenvolvimento e o desempenho de crianças com síndrome de Down, em situação escolar, podem ser encontrados na literatura especializada.

Neste sentido o indivíduo com síndrome de Down apresenta várias alterações estruturais e funcionais, como alterações oftalmológicas, auditivas, gastrointestinais, cardiovasculares, respiratórias e pulmonares; alterações da cavidade oral; alterações endocrinológicas, com percentil mais baixo no que se refere à altura e peso; redução nos níveis do hormônio de crescimento; alterações da tireoide; tendência para o excesso de peso, alterações neurológicas, dentre outras.

A SD pode ser causada por três tipos de comprometimentos, cromossômicos ou variantes, na síndrome de Down.

Trissomia simples (padrão): a pessoa possui 47 cromossomos em todas as células (ocorre em cerca de 95% dos casos de Síndrome de Down). A causa da trissomia simples do cromossomo 21 é a não disjunção cromossômica.

Translocação: o cromossomo extra do par 21 fica "grudado" em outro cromossomo. Nesse caso embora indivíduo tenha 46 cromossomos, ele é portador da Síndrome de Down (cerca de 4% dos casos de Síndrome de Down). Segundo Pierce essa condição é chamada de síndrome Down familiar porque tem tendência de ocorrer em famílias. A síndrome Down familiar surge na prole de genitores que são portadores de cromossomos que sofreram uma translocação robertsoniana, mais comumente entre o cromossomo 21 e o cromossomo 14.

Mosaico: a alteração genética compromete apenas parte das células, ou seja, algumas células têm 47 e outras 46 cromossomos (ocorre em cerca de 2% dos casos de Síndrome de Down). Os casos de mosaicismo podem originar-se da não disjunção mitótica nas primeiras divisões de um zigoto normal.

É importante saber, que no caso da Síndrome de Down por translocação, os pais devem submeter-se a um exame genético, pois eles podem ser portadores da translocação e têm grandes chances de ter outro filho com Síndrome de Down.

O portador da Síndrome pode apresentar várias características a cabeça é um pouco que o normal. A parte posterior da cabeça é levemente achatada (braquicefalia) na maioria das crianças, o que dá uma aparência arredondada à cabeça. As moleiras (fontanela) são, muitas vezes, maiores e demoram mais para se fechar. Na linha média onde os ossos do crânio se encontram (linha de sutura),

há muitas vezes, uma moleira adicional (fontanela falsa). Cabelo liso e fino, em algumas crianças, pode haver áreas com falhas de cabelo (alopecia parcial), ou, em casos raros, todo o cabelo pode ter caído (alopecia total).

Rosto tem um contorno achatado, devido, principalmente, aos ossos faciais pouco desenvolvidos e nariz pequeno. Osso nasal geralmente afundado. Em muitas crianças, passagens nasais estreitadas.

Olhos tem uma inclinação lateral para cima e a prega epicântica (uma prega na qual a pálpebra superior é deslocada para o canto interno), semelhante aos orientais. Pálpebras estreitas e levemente oblíquas.

Orelhas pequenas e de implantação baixa, a borda superior da orelha (hélix) é muitas vezes dobrada. A estrutura da orelha é ocasionalmente, alterada. Os canais do ouvido são estreitos.

A boca é pequena. Algumas crianças mantêm a boca aberta e a língua pode projetar-se um pouco. À medida que a criança com síndrome de Down fica mais velha, a língua pode ficar com estrias. No inverno, os lábios tornam-se rachados. O céu da boca (palato) é mais estreito do que na criança "normal". A erupção dos dentes de leite é geralmente atrasada. Às vezes um ou mais dentes estão ausentes e alguns dentes podem ter um formato um pouco diferente. Mandíbulas pequenas, o que leva, muitas vezes, a sobreposição dos dentes. A cárie dentária é observada com menor comparada com crianças "normais".

Pescoço de aparência larga e grossa com pele redundante na nuca do bebê, dobras soltas de pele são observadas, muitas vezes, em ambos os lados da parte posterior do pescoço, os quais se tornam menos evidentes, podendo desaparecer, à medida que a criança cresce.

O abdômen costuma ser saliente e o tecido adiposo é abundante. Tórax com formato estranho, sendo que a criança pode apresentar um osso peitoral afundado (tórax afunilado) ou o osso peitoral pode estar projetado (peito de pomba). Na criança cujo coração é aumentado devido à doença cardíaca congênita, o peito pode parecer mais globoso do lado do coração. Em consequência das anomalias cardíacas e de uma baixa resistência às infecções, a longevidade dos mongoloides costuma ser reduzida.

As mãos e os pés tendem a ser pequenos e grossos, dedos dos pés geralmente curtos e o quinto dedo muitas vezes levemente curvado para dentro, falta de uma falange no dedo mínimo. Prega única nas palmas (prega simiesca). Na maioria das crianças, há um espaço grande entre o dedão e o segundo dedo,



com uma dobra entre eles na sola do pé, enfraquecimento geral dos ligamentos articulares.

Genitália desenvolvida; nos homens o pênis é pequeno e há criptorquidismo, nas mulheres os lábios e o clitóris são pouco desenvolvidos. Os meninos são estéreis, e as meninas ovulam, embora os períodos não sejam regulares.

É preciso enfatizar que nem toda criança com síndrome de Down exhibe todas as características anteriormente citadas. Além disso, algumas características são mais acentuadas em algumas crianças do que em outras.

Em meio às várias necessidades educacionais especiais, tem-se a síndrome de Down, que teve suas características descritas em 1866 por John Langdon Down. Ele descobriu que a causa da síndrome de Down era genética, pois até então a literatura relatava apenas as características que indicavam a síndrome, porém foi o geneticista francês Jérôme Lejeune em 1958, quem identificou pela primeira vez a trissomia do cromossomo 21 como responsável pela síndrome de Down (GOMES, 2008).

No Brasil, acredita-se que ocorra 1 caso em cada 600 nascimentos, isso quer dizer que nascem cerca de 8 mil bebês com síndrome de Down por ano. Diferente do que muitas pessoas pensam, a síndrome de Down não é uma doença, mas sim uma alteração genética que ocorre por ocasião da formação do bebê, no início da gravidez. A síndrome de Down por ser a causa mais comum de deficiência intelectual, representa um terço da população com comprometimento intelectual (CHAVES, 2007).

O cérebro de uma criança que tem alteração no cromossomo 21 tem um menor volume comparado às crianças comuns, devido a isto, a conexão entre seus neurônios é menor. Isso afeta a instalação e as consolidações das conexões de redes nervosas necessárias para estabelecer os mecanismos da atenção, memória, capacidade de correlação e análise, o pensamento abstrato, dentre outros. Essas alterações genéticas provocam uma ruptura no equilíbrio dos neurotransmissores bioquimicamente responsáveis pelo transporte das mensagens no cérebro e em todo o sistema nervoso e são responsáveis pelas mudanças substanciais na linha de desenvolvimento do organismo com o ambiente (FLÓREZ; RUIZ, 2006).

A partir das informações citadas, percebe-se que ainda são necessários muitos estudos para um conhecimento mais amplo da síndrome, e desta forma, verifica-se a importância de se investigar sobre as características da síndrome de Down, levando-se em consideração os aspectos biológicos, sociais e culturais. Além destes aspectos, denota-se a imperativa averiguação de quais são os efeitos

que a síndrome de Down traz para o processo de ensino e aprendizagem, para que se possa, através do conhecimento destes efeitos, criar táticas metodológicas tanto para preparar a escola quanto os profissionais e consequentemente fornecer um ensino de qualidade para os alunos com necessidades educacionais especiais.

Segundo Voivodic (2007) as pessoas com síndrome de Down além de apresentarem comprometimento orgânico que dificulta a aquisição da linguagem, também apresentam outras dificuldades relacionadas à memória auditiva e à memória de curto prazo. Segundo Atkison e Shiffin (apud WETTEN, 2002), a memória de curto prazo é o armazenamento de capacidade limitada que pode manter informações não reprocessadas por até 20 segundos. Em contraste, a informação armazenada na memória de longo prazo pode durar semanas, meses ou anos. Wetten (2002), contudo, ressalta que as informações na memória de curto prazo podem ser mantidas num tempo maior através do reprocessamento da informação, que ocorre através do processo de repetição, de se verbalizar ou pensar na informação.

Neste sentido, compreende-se que a memória de curto prazo se refere à capacidade para reter e evocar palavras ou ordens recebidas oralmente, entretanto quando há um comprometimento nesta área da memória são afetados a construção, o processamento de conceitos, generalizações e o planejamento de situações.

A partir destes conhecimentos, entende-se que estimulando a memória de curto prazo na criança com síndrome de Down, através de comportamentos repetitivos de verbalizar ou pensar na informação, favorecer-se-á o processo de ensino e aprendizagem. Desta forma, estas crianças precisam ser expostas repetidamente aos estímulos que se deseja ensinar, visto que sua capacidade de manter informações é limitada.

Bissoto (2005) acrescenta que as crianças com síndrome de Down por possuírem uma memória auditiva de curto-prazo mais breve, têm dificuldades no acompanhamento de instruções faladas, especialmente se elas envolvem múltiplas informações ou ordens/orientações consecutivas. Corroborando com Bissoto (2005), Lara, Trindade e Nemr (2007) consideram que as funções da memória auditiva de curto prazo e da memória auditiva espaço-temporal são comprometidas devido a trissomia do cromossomo 21, consequência no atraso cognitivo e no desenvolvimento da linguagem.

Estes autores afirmam que, em geral, as crianças com síndrome de Down apresentam dificuldades no domínio da fonologia, da morfossintaxe e na

capacidade de compreensão. Logo, sugerem que sejam criadas estratégias de aprendizado que compensem as dificuldades de funcionamento do cérebro destas crianças, usando a habilidade da memória visual como auxílio à deficiência na memória auditiva de curto prazo com o uso de recursos concretos como imagens, fotos, objetos, dentre outros, que representem a fala ou a expressão narrada.

Estas implicações quanto ao comprometimento causado pela deficiência de processamento auditivo (memória auditiva) foram abordadas também por Capovilla, Capovilla e Suiter (2004) em seus estudos sobre as habilidades cognitivas que predizem a competência de leitura e escrita com crianças em idade escolar. Os resultados encontrados por estes autores mostraram que as habilidades de processamento fonológico apresentaram maiores correlações com o desempenho em leitura e escrita, incluindo consciência fonológica, vocabulário, memória e sequenciamento. E que por outro lado, as habilidades de processamento visual e motor, não apresentaram correlações significativas com leitura e escrita. Portanto, segundo os autores, esses resultados corroboram a hipótese de que a deficiência no processamento fonológico (memória auditiva) é a principal causa dos problemas de aprendizado da leitura e escrita, e que as habilidades motoras e as viso espaciais (memória visual) quando potencializadas promovem desenvolvimento e aprendizado da criança (CAPOVILLA, CAPOVILLA e SUITER, 2004).

Deste modo, percebe-se que há condições que permitem o desenvolvimento e o aprendizado da criança com síndrome de Down, para tanto, é necessário desenvolver instrumentos, signos e recursos proporcionadores de conhecimento. Para Vygotski (1997) as possibilidades de desenvolvimento para as crianças com deficiência intelectual devem estar pautadas nas funções psicológicas superiores através do uso de signos e instrumentos culturais.

É preciso que as pessoas envolvidas nas ações educacionais compreendam, que cada aluno com síndrome de Down possui um processo de desenvolvimento particular, fruto das condições biopsicossociais e que algumas dificuldades decorrentes da trissomia não se assinalam como impossibilidades para as mesmas aprenderem.

A linguagem dessas crianças, por exemplo, é especialmente afetada, contudo as habilidades viso-espaciais, que podem gerar dificuldades nas habilidades manuais, desorientação espacial e principalmente em relação à esquerda – direita, não sofrem grandes comprometimentos, ou seja, a visão e a noção de espaço

dessas crianças são condizentes ou, até mesmo, superiores ao nível de desenvolvimento intelectual característico da síndrome (SILVA, 2008).

Buckley e Bird (apud BISSOTO, 2005), relatam que nos primeiros cinco anos de vida da criança com síndrome de Down, percebe-se o atraso no desenvolvimento da linguagem que conseqüentemente afeta a produção da fala. Isto resulta na dificuldade em reconhecer regras gramaticais e sintáticas da língua, resultando num vocabulário mais reduzido, o que frequentemente faz com que essas crianças não consigam se expressar na mesma medida em que compreendem o que é falado.

Em razão destas limitações, estudos têm mostrado (BISSOTO, 2005; SILVA, 2008; CARDOSO, 2003) que o comprometimento no desenvolvimento tanto biológico quanto social da criança com síndrome de Down pode ser minimizado através da estimulação precoce de suas capacidades. A condição genética da pessoa com síndrome de Down, apesar de comprometer o processo de desenvolvimento intelectual, não tem impedido o desenvolvimento da aprendizagem, visto que os alunos conseguem aprender desde que sejam estimulados.

Estas são algumas das características que devem ser consideradas durante o processo ensino-aprendizagem, pois através do conhecimento destas informações, o corpo docente das instituições e a própria escola em geral, poderá elaborar as estratégias metodológicas adequadas aos alunos com síndrome de Down.

A inclusão escolar é um dos assuntos que tem ganhado espaço nas discussões sociais, pois a escola, enquanto instituição firmada socialmente, faz parte do processo de inserção de diferentes grupos da sociedade em seu contexto. No entanto, o que ocorre no cotidiano de muitos que sofrem com algum tipo de deficiência é a exclusão, a segregação ou a marginalização, tornando o paradigma da inclusão, defendido por vários educadores, algo tão distante de se concretizar.

Desta forma, precisa-se entender, conforme Rousseau em seu Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens (MANTON apud ARANTES, 2006), que há presente nos seres humanos dois tipos de desigualdades que os diferenciam: uma é a desigualdade natural ou física que é produzida naturalmente como cor, físico e raça. E a outra é a desigualdade moral, social ou política, a qual é originada a partir das relações políticas, sociais e econômicas estabelecidas pelo indivíduo com o meio em que atua como a religião, classe e status social. O que se torna evidente no Discurso de Rousseau:

Entende-se que a inclusão escolar exige a transformação da escola, visto que defende a inserção no ensino regular de alunos com quaisquer déficits e necessidades, cabendo às escolas se adaptarem às necessidades dos alunos, ou seja, a inclusão acaba por exigir uma ruptura com o modelo tradicional de ensino (WERNECK, 1997). A noção de inclusão, por essa razão, não estabelece parâmetro em relação a tipos particulares de deficiências.

O paradigma da inclusão, depois de assimilado o seu real propósito, constitui-se como uma grande oportunidade para que os alunos, pais e educadores demonstrem as suas competências, os seus poderes e as suas responsabilidades educacionais. A escola deve dar chance para que seus alunos alcancem sua cidadania, sejam eles deficientes ou não, assim como possam ter uma vida autônoma para demonstrar até onde podem chegar, sem, no entanto, subjugar e/ou subestimar a capacidade de cada um (MANTOAN, 2003).

Trata-se, portanto, de um novo paradigma educativo em que a escola deve ser uma instituição social que tem por meta incluir todas as crianças, estando aberta para a pluralidade, equalizando oportunidades, pois a inclusão vem quebrar barreiras cristalizadas em torno de grandes estigmas (WERNECK, 1997).

Segundo Mantoan (2006, p.23), "a inclusão escolar tem sido mal compreendida, principalmente no seu apelo as mudanças nas escolas comuns e especiais". E ainda, segundo esta autora a inclusão se propõe a encontrar soluções que respondam à questão do acesso e da permanência dos alunos nas suas instituições educacionais e da continuidade dos estudos por uma pessoa que mesmo com dificuldades, falta de apoio e preconceito, busca a escola como uma saída, um refúgio ou um apoio especializado para a sua necessidade especial. E é no momento em que um aluno tem acesso à escola comum que ocorrem os conflitos, pois segundo Mantoan (2006, p.18), "o aluno "diferente" desestabiliza o pensamento moderno da escola, na sua ânsia pelo lógico, pela negação das condições que produzem as diferenças, que são as matrizes da nossa identidade".

Essa negação em relação aos alunos com deficiência surge primeiro por parte daqueles que o ignoram, segundo por aqueles que não sabem como tratá-los, implicando-os em um tratamento inadequado, terceiro pela exclusão advinda dos que se julgam superiores e finalmente, pela falta de apoio, resistência contra a maioria ignorante, daqueles que tem conhecimento e sabem como proceder (MANTOAN, 2006).

Nesse sentido, é clara a necessidade de uma maior especificação das palavras integração e inclusão na área escolar, uma vez que ambas priorizam a inserção da



pessoa com necessidades educacionais especiais na escola regular, porém possuem objetivos e propostas de trabalho diferentes. Bueno (2001) enfatiza a diferença básica: a palavra inclusão remete a uma definição mais ampla, indicando uma inserção total e incondicional. Integração, por sua vez, dá a ideia de inserção parcial e condicionada às possibilidades de cada pessoa, já que o pressuposto básico é de que a dificuldade está na pessoa com deficiência e que estas podem ser incorporadas no ensino regular sempre que suas características permitirem.

Observam-se diversos fatores que contribuem para a exclusão escolar, e nesse sentido são necessárias revisões em pontos essenciais como o corporativismo dos profissionais, a concepção de pais e professores sobre a deficiência de seus filhos e até o entendimento que os profissionais da educação envolvidos têm de seu papel na hora de incluir uma criança com necessidades educacionais especiais. A escola precisa começar a se programar para que a inclusão ocorra, contemplando assim a capacidade de aprendizagem de pessoas com deficiência. Para Voivodic (2007, p. 29) "fica evidente que não é apenas o educando com ou sem deficiência que deve adaptar-se ao sistema de ensino, mas também a escola tem o dever de atender as necessidades da criança".

Assim, observa-se que o Estado tem papel preponderante no que diz respeito às dificuldades enfrentadas pelas crianças com síndrome de Down no momento de seu acesso à escola regular, pois de acordo com o decreto-lei nº 3.298/1999 que regulamentou a lei nº 7.853/1989, definiu-se que as escolas públicas ou privadas deverão oferecer "programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas, quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando este recurso for necessário ao bem estar do educando".

Desta forma, percebe-se que o Estado não tem cumprido com seu papel no que tange as questões da educação inclusiva, pois a mesma propõe um acompanhamento especializado ao aluno desde o momento em que esse é matriculado, e não apenas quando a escola comum não suprir as necessidades dele; portanto, este decreto é um exemplo das políticas públicas que são criadas para dar solução e acabam por reforçar a discriminação e a exclusão.

O paradigma da inclusão demonstra que é dever da escola com seus alunos especiais, fazer com que esses não apenas frequentem uma escola, mas possam adquirir conhecimentos significativos tanto quanto os outros alunos comuns, porém este dever da escola precisa ser acompanhado através de um trabalho mais



especializado e que esteja amparado pelas políticas públicas, as quais, em sua grande maioria, têm excluído os alunos com necessidades educacionais especiais.

Apesar da segregação e do preconceito que provém de muitas décadas, segundo Ferreira (apud GOÉS & LAPLANE, 2007), recentemente está ocorrendo uma maior ampliação das vagas junto as classes comuns, mostrando que o aluno com necessidades educacionais está ganhando o seu espaço junto as instituições escolares, porém esta forma de incluir o aluno necessita de revisão, pois a simples oferta de vagas em classes regulares não irá atender ao paradigma inclusivo da educação que implica no compromisso do sistema público com os alunos atendidos, sendo que os encaminhamentos das ações não devem ser homogêneos e sim considerar a diversidade existente nas escolas regulares.

A instituição escolar, de uma maneira geral, vem vivenciando um novo paradigma, o paradigma da inclusão, o qual vem abranger e compreende todas as pessoas com necessidades educacionais especiais, assim qualquer criança estaria, independentemente da sua deficiência, atendida pelo ensino das classes regulares. Esse ensino, por sua vez, é definido como um modelo a ser seguido, o qual pressupõe mudanças mais profundas na visão de homem, de mundo, de deficiência, de educação e na forma como estes conceitos são colocados em prática (MANTOAN, 2003).

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste está nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles (ROUSSEAU, 2005, p.12).

A partir do entendimento destes dois tipos de desigualdades, considera-se relevante a compreensão da relação entres esses e a inclusão escolar, pois no processo educacional inclusivo o entendimento das desigualdades naturais e sociais definidas por Rousseau, são essenciais, porque demarcam a maneira como as mesmas são vistas em sociedade e como influenciam no desenvolvimento de cada indivíduo, tanto no ambiente escolar quanto no ambiente social (ARANTES, 2006).

Nesse aspecto, é válido compreender em que sentido estas desigualdades fazem parte da dinâmica social e até que ponto interferem na implementação do paradigma inclusivo da educação, o qual objetiva incluir toda e qualquer criança com necessidade educacional especial em classes de ensino regular, ao considerar as suas especificidades e pautar a aprendizagem da mesma, em suas próprias condições e peculiaridades cognitivas (MANTOAN, 2003).

A concepção de inclusão no decorrer da trajetória humana pode ser apresentada em quatro fases distintas. A primeira, conforme Facion (2005) aponta, é a fase da exclusão na qual as pessoas com deficiência eram abandonadas e até sacrificadas, sendo consideradas indignas da educação escolar. A segunda é a fase de segregação, que começou no século XX com o atendimento às pessoas com necessidades educativas especiais (NEE) em grandes instituições separadas das regulares, oferecendo programas próprios, técnicos e especialistas.

A terceira fase constitui a fase da integração, concebida a partir do final da década de 1960 e início de 1970.

Neste momento, houve uma mudança filosófica em direção à ideia de educação integrada, aceitando crianças com deficiência nas escolas regulares, estando estes presentes na sala de aula comum ou em ambientes menos restritivo possível. Os alunos são integrados à classe regular adaptando-se conforme as estruturas do sistema escolar.

Surge no início da década de 1980 a projeção da quarta fase. A fase da inclusão intensificou a atenção à necessidade de educar os alunos com deficiências no ensino regular, procurando por meio do processo educacional promover o crescimento humano desenvolvendo capacidades, habilidades e diferentes possibilidades para a conquista da sua autonomia.

Neste mesmo percurso histórico, os movimentos em prol da inclusão surgem a partir da luta pelos direitos humanos que teve seus princípios na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Com a repercussão desta proposta, as pessoas com deficiências passam a ser consideradas em seus direitos e deveres, com vistas ao exercício de sua cidadania.

Depois de muitos tratados, declarações e legislações, somente na década de 1990 os princípios da educação inclusiva ganharam destaque no panorama da educação com dois eventos importantes: a Conferência Mundial de Educação para Todos (1990), na Tailândia, e a Declaração de Salamanca (1994), contribuindo para a ampliação das discussões, no avanço de pesquisas e na busca de alternativas. A Declaração de Salamanca é utilizada atualmente como um suporte pedagógico,

pois apresenta linhas de ação que visam a garantia de igualdade de oportunidades e, assim deste modo, contribui para a efetivação do processo inclusivo (GUEBERT, 2007).

A política educacional acompanha este processo, oferecendo subsídios para fundamentar a educação inclusiva no sistema de ensino brasileiro, considerando os documentos internacionais como base para sua implantação.

O Brasil apresenta leis subsidiadas pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), que estabelece o direito das pessoas com necessidades especiais de receberem educação, preferencialmente na rede regular de ensino. Assim, a ampla legislação brasileira contempla aspectos relevantes para o processo de inclusão, com legislações específicas (BRASIL, 2008).

No ideal proposto pela legislação vigente, a educação inclusiva traz consigo, inúmeras polêmicas em torno da adequação da sua prática, pois implica em contrapor a organização escolar que até então era regida sob um paradigma tradicional. No anseio em estar acompanhando os modelos internacionais de educação inclusiva, o sistema de ensino depara-se com entraves como a necessidade da própria mudança na sua estrutura e organização.

Percebe-se que no campo da educação especial tem-se apresentado diversos avanços, mas o que se mostra realmente é uma prática excludente destes indivíduos nos dias atuais.

Quando nos reportamos à inclusão de portadores de síndrome de Down na visão do educador o que se vê é uma enorme dificuldade, uma vez que o mesmo aceita esta pessoa como aluno, mas não é capaz de se aproximar do mesmo, seja por medo do ser, falta de habilidade, ou ainda medo sentir-se um fracassado.

A educação inclusiva merece cuidado especial, já que estamos falando do futuro de pessoas com necessidades educacionais especiais. E sabemos que antes mesmo de incluir, é necessário assegurar dos reais objetivos dessa inclusão, para o aluno, quais os benefícios e/ou vantagens, este poderá ter, estando junto aos alunos da rede regular e produzir transformações.

Como aqui pretendemos falar em inclusão de portadores de síndrome de down no ensino regular no Brasil, iniciamos falando sobre a capacidade que o mesmo tem de compreender suas limitações e conviver com suas dificuldades.

O portador de Síndrome de Down, que é uma anomalia genética, tem suas características próprias, seu processo de desenvolvimento como sabemos é lento, mas se feito com carinho e atenção poderemos ter resultados fantásticos.

Assim como todo ser humano dito “normal”, o portador da Síndrome de Down também tem suas diferenças e necessidades que em pouco tempo podem ser identificadas e atendidas em suas peculiaridades, de acordo com que se tem de políticas públicas voltadas para os mesmos.

A educação é responsável pela socialização, que é a possibilidade de uma pessoa habituar-se com qualidade em meio a sociedade em que vive, tendo, deste modo, um caráter cultural acentuado, viabilizando a integração do indivíduo com o meio.

A Declaração de Salamanca (1994) como marco e início da caminhada para a Educação Inclusiva. A inclusão é um processo educacional através do qual todos os alunos, incluído, com deficiência, devem ser educados juntos, com o apoio necessário, na idade adequada e em escola de ensino regular.

Este documento foi criado para apontar aos países a necessidade de políticas públicas e educacionais que venham a atender a todas as pessoas de modo igualitário independente das suas condições pessoais, sociais, econômicas e socioculturais. A declaração destaca a necessidade da inclusão educacional dos indivíduos que apresentam necessidades educacionais especiais.

Conforme a declaração os princípios por ela defendidos é que as escolas e seus projetos pedagógicos se adequem as necessidades dos indivíduos nela matriculados, de acordo com a Declaração de Salamanca (art. 11º, p 13) “O planejamento educativo elaborado pelos governos deverão concentrar-se na educação para todas as pessoas em todas as regiões do país e em todas as condições econômicas, através de escolas públicas e privadas”.

Deste modo para que a escola possa seguir os princípios da inclusão previstos na declaração de Salamanca, está deve ter a preocupação com a função de promoção da convivência entre as pessoas consideradas “normais” e as “especiais”.

As escolas devem acolher todas as crianças, independentemente de suas condições físicas, intelectuais, sociais, emocionais, linguísticas ou outras. Devem acolher crianças com deficiência e crianças bem-dotadas; crianças que vivem nas ruas e que trabalham; crianças de populações distantes ou nômades; crianças de minorias linguísticas, étnicas ou culturais e crianças de outros grupos ou zonas desfavorecidas ou marginalizadas (DECLARAÇÃO DE SALAMANCA p. 17-18).

Sendo assim é notório que a Declaração de Salamanca assegura a igualdade dos direitos de todos os indivíduos no que se refere à educação de qualidade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação 9.394 de 1996 em seus artigos 58 a 60 e incisos inferem que a Educação Especial deve:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

§1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender as peculiaridades da clientela de educação especial.

§2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular.

§3º A oferta da educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I – currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II – terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III – professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV – educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V – acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder público.

Parágrafo único. O poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria



rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

A Constituição Federal de 1988 traz como um dos seus objetivos fundamentais, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, inciso IV). Definindo em seus artigos que assegurar ao portador de deficiência a educação como direito de todos e dever do estado e da família, ministrado com base em alguns princípios, efetivado mediante garantias e os recursos públicos serão destinados às escolas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, conforme podemos observar nos referidos artigos a seguir:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

Art. 208. O dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação.

Diante do exposto nas leis acima, a educação especial as escolas normais ou regulares devem aumentar as suas capacidades para identificarem e integrarem as crianças com deficiência, sendo que o sistema de ensino tem de dar lugar à qualidade de ensino.

Apesar de todo esse aparato legais, políticos e educacionais, ainda assim o que se percebe é que essas crianças se encontram matriculadas, frequentando o ambiente escolar sem acompanhamento adequado deixadas de certa forma de lado por não conseguirem acompanhar o raciocínio das crianças ditas normais, significando que estão segregadas e não incluídas, pois incluir se entende estar na



escola participando realmente do que o sistema educacional oferece e não apenas dentro da escola.

Por outro lado, os professores alegam que não estão preparados, pois não receberam nenhuma forma de capacitação para atender esse tipo de clientela.

Conforme BIBAS e VALENTE, 2010, o portador de Síndrome de Down apresenta dificuldades na aprendizagem, pois ele tem capacidade cognitiva menor que a média, geralmente variando de retardo mental leve a moderado. Algumas dificuldades de aprendizagem versam: no reconhecimento das letras e na compreensão da linguagem falada, pois ele apresenta uma memória a curto prazo, sendo, portanto, recomendado para a sua alfabetização o uso de palavras escritas, símbolos, desenhos e fotos, pois estes podem conservar-se na memória por todo o tempo.

Para o ensino destas pessoas serão adotadas metodologias que devem estar presentes no processo de ensino aprendizagem da criança com SD. Dentre eles, pode-se destacar:

A motivação – a criança deve ser estimulada a aprender;

O significado- as palavras ensinadas devem ter um significado para a criança, fazendo parte de seu cotidiano

Instigar a curiosidade - estimular o interesse por jogos e atividades lúdicas.

Recurso visual associado- este recurso facilita a aprendizagem, pois tem a capacidade de reter maior atenção.

Mesmo com inúmeras dificuldades e limitações que o indivíduo com SD enfrenta, os avanços médicos, educacionais e sociais auxiliam seu desenvolvimento. Sendo este capaz de aprender a ler, cuidar de si e a praticar atividades manuais. Para tanto, são fundamentais o apoio e o afeto da família e que sejam aceitos no meio.

No trabalho de Lima (2008), ela discute que é Educação Inclusiva é uma exigência da atualidade, porém, para que esta inclusão seja realmente possível, deve haver mudanças significativas, que vai desde o incentivo governamental à capacitação de professores.

A pedagogia Montessoriana consiste em harmonizar corpo, inteligência e vontade, se baseia na educação da vontade e da atenção, em que as crianças têm liberdade para escolher seus materiais e onde querem trabalhar com eles em sala, além de proporcionar a cooperação entre as mesmas. Desse modo, as crianças são livres para agir espontaneamente, desde que não incomodem os demais colegas.

Apesar de existirem escolas que se baseiam ou adotam a metodologia de Montessori, espalhadas pelo mundo, ainda existe uma grande carência de informação sobre o método, e até mesmo alguns professores de educação infantil encontram dificuldades para trabalhar com ele por falta de informação, o que muitas vezes leva à criação de rótulos errados para as escolas Montessorianas.

O Método Montessori é o nome dado ao conjunto de teorias, práticas e materiais didáticos criados ou idealizados inicialmente por Maria Montessori. Conforme sua criadora, o ponto mais importante do método, não é tanto seu material ou sua prática, mas a possibilidade criada pela utilização dele de se libertar a verdadeira natureza do indivíduo, para que esta possa ser observada, compreendida, e para que a educação se desenvolva com base na evolução da criança, e não o contrário.

Montessori escreveu que o desenvolvimento se dá em “planos de desenvolvimento”, de forma que em cada época da vida predominam certas características e necessidades específicas. Sem deixar de considerar o que há de individual em cada criança, Montessori pode traçar perfis gerais de comportamento e de possibilidades de aprendizado para cada faixa etária, com base em anos de observação.

A compreensão mais completa do desenvolvimento permite a utilização dos recursos mais adequados a cada fase e, também, a cada criança individualmente, dando suporte a todo o resto, utilizando dos seis pilares educacionais de Montessori descritos a seguir:

Autoeducação é a capacidade inata da criança para aprender. Por desejar absorver todo o mundo à sua volta e compreendê-lo, a criança o explora, investiga e pesquisa. O método Montessori proporciona o ambiente adequado e os materiais mais interessantes para que a criança possa se desenvolver por seus próprios esforços, no seu ritmo e seguindo seus interesses.

Educação Cósmica é a melhor forma de auxiliar a criança a compreender o mundo. De acordo com este princípio, o educador deve levar o conhecimento à criança de forma organizada cosmos significa ordem, em oposição a caos -, estimulando sua imaginação e evidenciando que tudo no universo tem sua tarefa e que o ser humano deve ser consciente de seu papel na manutenção e melhora do mundo.

Educação como Ciência é a maneira de compreender a criança e o fenômeno educativo de acordo com Montessori, e defendida pela ciência de hoje. Em Montessori, o professor utiliza o método científico de observações, hipóteses e

teorias para entender a melhor forma de ensinar cada criança e para verificar a eficácia de seu trabalho no dia a dia.

Ambiente Preparado é o local onde a criança desenvolve sua autonomia e compreende sua liberdade em escolas e lares montessorianos. O ambiente preparado é construído para a criança, atendendo às suas necessidades biológicas e psicológicas. Em ambientes preparados encontram-se mobília de tamanho adequado e materiais de desenvolvimento para a livre utilização da criança.

Adulto Preparado conforme Montessori é o nome dado, para o profissional que auxilia a criança em seu desenvolvimento completo. Esse adulto deve conhecer cientificamente as fases do desenvolvimento infantil e, por meio da observação e do domínio de ferramentas educativas de eficiência comprovada, guiar a criança em seu desabrochar, de forma que este se dê nas melhores condições possíveis.

Criança Equilibrada é qualquer criança em seu desenvolvimento natural. Por meio da utilização correta do ambiente e da ajuda do adulto preparado, as crianças expressam características que lhes são inatas. Entre outras, encontram-se o amor pelo silêncio, pelo trabalho e pela ordem. Todas as crianças nascem com estas características e as desenvolvem melhor entre zero e seis anos.

Todos os princípios do método Montessori devem funcionar em união, para que a criança se desenvolva de forma completa e equilibrada. É necessário compreender a criança para identificar nela os sinais da eficiência daquilo que lhe está sendo oferecido. De acordo com Montessori, "uma das provas da correção do processo educacional é a felicidade da criança".

O método Montessori tem sido utilizado em escolas por todo o mundo, desde o berçário até o Ensino Médio. Além disso, aplica-se Montessori em escolas especiais, clínicas de psicopedagogia e lares mundo afora. Clínicas de repouso aproveitam características do método montessoriano para o tratamento de demência e Alzheimer e iniciativas empresariais aplicam princípios do método para o melhor desenvolvimento de seus negócios.

Montessori (s.d.) nos conta que, nas primeiras escolas montadas por ela, as crianças ingressavam a partir dos três anos e pertenciam a famílias bem humildes, cujos pais, em sua maioria, eram analfabetos. Contudo, aos cinco anos já liam e escreviam, sem que ninguém as tivesse ensinado, diretamente. Então, após vários ensaios, Montessori concluiu que "todas as crianças possuem indistintamente a capacidade de 'absorver' a cultura." (MONTESSORI, s.d, p. 11).

A doutora foi além e percebeu que se a criança ‘absorvia’ a fala e a escrita daquela maneira, o mesmo deveria ocorrer na aquisição de outras aprendizagens, como botânica, matemática, geografia, com a mesma espontaneidade e facilidade.

Logo, Montessori descobriu que a educação não é aquilo que o professor dá, mas é um processo natural que se desenvolve espontaneamente no indivíduo humano; que não se adquire ouvindo palavras, mas em virtude de experiências efetuadas no ambiente. A atribuição do professor não é a de falar, mas preparar e dispor uma série de motivos de atividade cultural num ambiente expressamente preparado. (MONTESSORI, s.d, p.11)

Segundo a pesquisadora, todo esse trabalho foi realizado através da observação, que foi fundamentada em uma única base; a liberdade de expressão, pela qual as crianças revelavam suas qualidades e necessidades.

A partir daí ela percebeu a importância de se preparar o ambiente adequadamente, de forma a propiciar “as condições que tornam possível a manifestação dos caracteres naturais da criança.” (MONTESSORI, 1965, p.42)

Assim, em primeiro lugar, pense-se em criar um ambiente adequado, onde a criança possa agir tendo em vista uma série de interessantes objetivos, canalizando, assim, dentro da ordem, sua irreprimível atividade, para o próprio aperfeiçoamento. (MONTESSORI, 1965, p.58)

Ora, a criança possui uma inteligência diferente da do adulto. Ela realiza uma transformação química.

A criança vai, assim de pouco a pouco, formando sua própria ‘massa encefálica’, servindo-se de tudo que a rodeia. Esta forma de espírito é comumente denominada ‘espírito absorvente’. É difícil de se imaginar o poder de absorção do espírito da criança. Tudo que a rodeia penetra nela: costumes, hábitos, religião. Ela aprende um idioma com todas as perfeições ou deficiências que encontra ao redor de si, sem mesmo ir à escola. (MONTESSORI, 1965, p.58)

A professora exerce importante papel no processo, mas de forma bem diferente da educação tradicional. Conforme esclarece Montessori, o que vimos é uma radical transferência da atividade que antes existia na mestra, e que agora é confiada, em sua maior parte, à memória da criança. A educação é compartilhada pela mestra e pelo ambiente. A antiga mestra ‘instrutora’ é substituída por todo um conjunto, muito mais complexo; isto é, muitos objetos (os meios de desenvolvimento) coexistem com a mestra e cooperam para a educação da criança. (MONTESSORI, 1965, p.143)

É de extrema importância que a professora conheça todo o material e sua técnica de apresentação, nos esclarece a doutora, para orientar a criança da melhor maneira possível.

De acordo com Montessori (1965), tudo que é ensinado à criança deve ter uma ligação com a vida. O enquadramento oportuno dos gestos e ações que a criança aprendeu, na prática, será um dos maiores esforços que fará.

Montessori (1965) afirma que os materiais de desenvolvimento sensorial desenvolvidos em seu método, logo após serem apresentados pela professora aos seus alunos, de acordo com a idade, ficam expostos no ambiente da sala de aula, e cada criança escolhe espontaneamente o objeto de sua preferência, podendo levá-lo e colocá-lo onde quiser, e ficar com ele o tempo que desejar. O mesmo ocorrendo com os materiais de linguagem, matemática, etc. "A atividade da criança há de ser impulsionada pelo seu próprio eu, e não pela vontade da mestra". (MONTESSORI, 1965, p.97).

O método, segundo nos apresenta o site Conteúdo Escola (2004), possui três princípios básicos: a liberdade, a atividade e a individualidade.

A educadora vê a vida como desenvolvimento e, para que isso ocorra, a criança deverá estar inserida num ambiente em que ela esteja à vontade. Por isso é importante que a escola esteja adaptada e organizada para que a criança se sinta livre. Ela mesma se autodisciplinará através do interesse em realizar as atividades.

A atividade é consequência do princípio da liberdade, pois a criança deverá se sentir livre, mas de forma ordeira. Para isso a escola deve oferecer um ambiente organizado, onde a criança possa se desenvolver de acordo com seu tempo de aprendizagem.

Na análise microgenética se faz necessária à existência de vínculos entre as dimensões culturais, históricas e semióticas que se referem à observação e análise dos signos e sinais utilizados pelos sujeitos pesquisados em sua comunicação. (ROSSETI-FERREIRA, AMORIM E SILVA, 2000). Neste contexto, este estudo será voltado para a interação entre o (a) professor (a) e seu (sua) aluno (a) com síndrome de Down durante o processo de ensino e aprendizagem. Góes (2000) argumenta que a visão genética implicada no termo "microgenético", procede das preposições de Vygotski (1997), essas preposições falam sobre o funcionamento humano e dentre as diretrizes metodológicas que explorou, estava incluída uma análise minuciosa das transformações no decorrer dos eventos, esta forma de pensar sobre a investigação foi denominada por seus seguidores como "análise microgenética". O método microgenético requer do pesquisador uma grande

atenção em relação às observações do comportamento do (a) professor (a) ao se direcionar a criança, tais como gestos, comentários verbais e mímicas. Segundo Rosseti-Ferreira, Amorim e Silva (2000), a análise microgenética consiste em um trabalho de ir e vir aliado ao diálogo com a teoria, o que possibilita a apreensão/compreensão das mudanças que estão ocorrendo no ambiente da sala de aula onde se encontra presente a criança com síndrome de Down.

## Conclusão

Fica evidente diante do exposto que os profissionais não se sentem preparados para o recebimento em sua sala de aula de um aluno em determinada situação, porém, percebemos que uma significativa parcela afirma procurar formações continuadas que lhes dê suporte diante de uma nova prática a ser realizada.

Ressaltamos que não há práticas, nem escolas, nem sociedade, nem inclusões perfeitas. Há, sim, um caminho a ser percorrido contando com a participação de todos, os resultados podem ser promissores. Vivemos um momento de privilégios e desafiador, temos acesso às informações excepcionais e práticas pedagógicas inovadoras.

Cabe ao professor se responsabilizar pela própria formação, além é claro, das oferecidas pelos órgãos competentes. Ele pode desenvolver estratégias que elevem sua carreira docente, dentre elas as que abrangem as políticas inclusivas.

Enfim, a aprendizagem das crianças com Síndrome de Down acontece, porém no seu ritmo e espaço, ao professor compete à tarefa de agregar esse aluno ao ensino regular, anulando seus paradigmas e partindo de sua parte a atitude de igualdade, de maneira, a contribuir para a melhoria no atendimento de alunos com alguma deficiência, levando o profissional educacional a repensar suas práticas pedagógicas.

## Referências

BEYER, H. O. **A educação inclusiva**: incompletudes escolares e perspectivas de ação. Cadernos de Educação Especial, Santa Maria, n. 22, 2003. [ [Links](#) ]

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 3.956, Declaração da Guatemala**. Convenção interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Brasília, 2001.



CARVALHO, Rosita Edler. **Educação inclusiva**: com os pingos nos "is". 4. ed. Porto Alegre: Mediação, 2006.

FACION, J. R. **Inclusão Escolar e as suas Implicações**. Curitiba: IBPEX, 2005.

GATTI, B. A. **Formação de professores no Brasil**: problemas, propostas e perspectivas. Disponível em: <<http://reduc.cl/reduc/gatti.pdf>>. Acesso em: 23/5/2004. [ Links ]

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GLAT, R.; ANTUNES, K. V. C.; OLIVEIRA, M.; PLETSCH, M. D. **A educação especial no paradigma da inclusão**: a experiência da rede pública municipal de educação do Rio de Janeiro. In: Encontro Nacional de Didática e Prática de Ensino, 13., 2006, Recife. Anais... Recife, 2006. [ Links ]

GLAT, R.; PLETSCH, M. D. **O papel da Universidade frente às políticas públicas para educação inclusiva**. Revista Benjamin Constant, Rio de Janeiro, p. 3-8, 2004. [ Links ]

GÓES, Maria Cecília Rafael de; LAPLANE, Adriana Lia Frizman de. (orgs.). **Políticas e Práticas de Educação Inclusiva**. Campinas, SP: Autores Associados, 2007.

GOFFMAN, E. Estigma. 3 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Editora, 1980.

GOFFMAN, E. Estigma - notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1988. [ Links ]

GOLDENBERG, Mirian, **A Arte de Pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais**. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HARTMANN, T. **Carpe Diem abrindo horizontes**. Jornal da Associação Carpe Diem. São Paulo, ano 4, n.10, 2001.

LIMA, Karinne Melo Santiago de. **Professor, você está preparado para trabalhar com educação inclusiva? 2008**. Tese. NPGED- Núcleo de Pós-Graduação. Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão-SE.

LURIA, A. R. Vigotskii. In: VIGOTSKII, L. S.; LURIA, A. R.; LEONTIEV, A. N. **Linguagem, desenvolvimento e aprendizagem**. São Paulo: Ícone: EDUSP, 1988. p.21-37.

MAGALHÃES, E. F. C. B. **Viver a igualdade na diferença**: a formação de educadores visando a inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais no ensino regular. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 1999. [ [Links](#) ]

MANTOAN, Maria Teresa Egler. **Inclusão escolar**: o que é? por que? como fazer?. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2006.

MANTOAN, Maria Teresa Egler; ARANTES, Valéria Amorim (Org.). **Inclusão escolar**: pontos e contrapontos. 3. ed. São Paulo: Summus, 2006.

MONTESSORI, M. **A criança**. Lisboa: Portugal, 1936.

\_\_\_\_\_. **Mente absorvente**. Rio de Janeiro: Nórdica, 1987.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia científica**. São Paulo: Flamboyant, 1965.

NAUJORKS, M. I.; NUNES SOBRINHO, F. de P. (Orgs.). **Pesquisa em Educação Especial - O desafio da qualificação**. Bauru: Edusc, 2001. [ [Links](#) ]

PUESCHEL, Siegfried. **Síndrome de Down, guia para pais e educadores** 2.ED. Campinas, SP: Papyrus, 1995.

ROSSETI-FERREIRA, Maria Clotilde; AMORIM, Kátia S.; SILVA, Ana Paula S. **Uma perspectiva teórico-metodológica para a análise do desenvolvimento humano e do processo de investigação**. Revista Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, v. 13, n. 2, p. 281-293. 2000.

SCHWARTZMAN, José Salomão [et Al.]. **Síndrome de Down**. São Paulo: Ed. Mackenzie, 1999.

SILVA, M. C. L, BRITO, B.S, COELHO, A. S. **Expectativas de Professores quanto ao Desenvolvimento Cognitivo e Afetivo de alunos com síndrome de Down**. In: Seminário de Iniciação Científica e Mostra de TCC. 3, 2007, Macapá: UNIFAP, 2007. 1 CD-ROM.

VYGOTSKI, L. S. **Pensamento e linguagem**. 3º Edição: São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Obras Escogidas**: Fundamentos da Defectologia. Madrid: Visor, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Formação social da mente.** 6º Edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

VOIVODIC, Maria Antonieta M. A. **Inclusão escolar de crianças com Síndrome de Down.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

NOTAS:

[1] Bióloga, mestra em ciências da educação pela Universidade Estácio de Sá, especialista em genética e evolução pela UNINTER. E-mail: ismenhaamarante@hotmail.com

## **DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS**

**FERNANDA CRISTINA CYRIACO:** Bacharel em Direito pela Rede de Ensino Doctum de João Monlevade. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC Minas. Aprovada no concurso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais para o cargo Oficial de Apoio Judicial (2010). Advogada, inscrita na OAB/MG.

**RESUMO:** O presente trabalho demonstra a evolução do direito de família e das relações familiares ao longo da história. Como resultado dessa evolução, os idosos que já foram desvalorizados pela sociedade, ganharam proteção com o advento da Constituição Federal de 1988, da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso. Entretanto surge uma nova preocupação: o abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos e a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do desamparo imaterial. A grande discussão está no fato de comprovar a ilicitude da conduta do filho em negar afeto com o consequente dano ocasionado aos pais idosos. Diante disso, busca-se analisar todo o contexto que envolve a responsabilidade civil no âmbito familiar, as consequências que trazem o desprezo na vida da pessoa idosa e da possibilidade da vítima de receber indenização pelos danos morais sofridos.

**Palavras-chave:** Idoso. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil.

**RESUMEN:** En este trabajo se muestra la evolución del derecho de familia y las relaciones familiares a lo largo de la historia. Como resultado de esta evolución, las personas mayores que han sido devaluada por la sociedad, la protección ganaron con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, la Política Nacional para las Personas de Edad y Mayores. Sin embargo surge una nueva preocupación: la negligencia emocional de los niños en relación con los padres de edad avanzada y la posibilidad de indemnización por daño moral resultante de impotencia intangible. El gran debate está en el hecho de demostrar la conducta del niño ilegal negar el afecto con el consiguiente daño causado a los padres de edad avanzada. Por lo tanto, buscamos analizar todo el contexto en el que la

responsabilidad de la familia, las consecuencias que trae el desprecio de la vida de las personas mayores y la posibilidad de la víctima a recibir una indemnización por daños morales.

**Palabras clave:** Edad avanzada. Abandono emocional. Responsabilidad civil.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2.1 Breve Histórico. 2.2 Constitucionalização do Direito Civil. 2.3 Princípios Norteadores da Instituição da Família na Atualidade. 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 3.1 Origem. 3.2 Conceito e Classificação. 3.3 Requisitos. 4 O ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003) E DEMAIS DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO AO IDOSO. 4.1 Lei 10.741/2003 e a Constituição. 5 ABANDONO AFETIVO. 5.1 Origem do instituto e sua evolução na legislação brasileira. 5.2 Conceito e Características. 5.3 Jurisprudência. 6 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO INVERSO. 6.1 Responsabilidade civil no âmbito familiar. 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil por abandono afetivo inverso é um tema atual com grande repercussão no ordenamento jurídico. Entende-se por abandono afetivo inverso a falta do afeto, do cuidado, do carinho, dos filhos para com os pais, de regra idosos. O cuidado possui valor jurídico imaterial, servindo de estrutura para se estabelecer a solidariedade familiar.

Dessa forma, ao se analisar os institutos inerentes ao abandono afetivo, percebe-se que há um desvirtuamento da entidade familiar, haja visto que o cuidado, o carinho, a assistência material e moral são rompidos quando o idoso passa a carecer dos filhos o mínimo de uma atenção não dada. A responsabilização civil dos filhos que abandonam os pais afetivamente torna-se ilícito quando se configura o desrespeito, o desprezo e a indiferença.

De um lado, discute-se a responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Atualmente está tramitando no Senado Federal o projeto de Lei de autoria do [Senador Marcelo Crivella](#), no qual prevê a modificação do Estatuto da Criança e do Adolescente no sentido de caracterizar o

abandono moral dos pais em relação às crianças como ato ilícito civil e penal, por outro lado, existe o silêncio do legislador com relação a incorporar essa mudança significativa no Estatuto do Idoso.

Pergunta-se, então: Qual a verdadeira responsabilidade dos filhos diante de um cenário de abandono afetivo dos pais idosos? Verificada essa circunstância, de abandono, seria possível identificar todos os requisitos inerentes à responsabilidade civil definidos na legislação brasileira?

Partindo-se da premissa que tanto as crianças quanto os idosos necessitam do amparo familiar como forma de se preservar a dignidade humana, muito se discute se é cabível ou não a indenização por abandono afetivo, mormente porque tal conclusão estaria relacionada a uma suposta patrimonialização do direito de família pela falta de amor, questão controversa dentre os estudiosos da área.

A pesquisa se embasará no Estatuto do Idoso, na Constituição Federal da República de 1988, no Código Civil de 2002, em artigos do Instituto Brasileiro do Direito da Família (IBDFAM) entre outros estudos que ajudam a elucidar o conteúdo do tema.

A proposta do trabalho é a sua divisão em partes, que serão apresentadas na seguinte sequência: Estudo acerca da evolução do instituto “família”, análise dos dispositivos constitucionais, do Estatuto do Idoso, da responsabilidade civil, aplicação dos mesmos ao tema abandono afetivo e posicionamentos doutrinários e jurisprudências.

Dessa forma, por meio da análise de toda a base principiológica, legal e doutrinária que norteia o tema, a presente pesquisa pretende não apenas discutir a temática, como também apresentar, ao final, os mais adequados posicionamentos acerca da possibilidade de indenização pelo abandono afetivo inverso e seu reflexo no âmbito do direito de família.

## **2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA E DAS RELAÇÕES FAMILIARES**

O processo de socialização do ser humano se inicia através da família. É através dela que o indivíduo receberá os primeiros laços de afeto e afinidade, dando início a sua formação para o mundo.



A evolução do Direito de Família e das Relações Familiares aconteceu a partir das mudanças sociais. Essas trouxeram significativas transformações no conceito e estrutura familiar, propiciando que outros grupos, até então descriminalizados, fossem reconhecidos como entidades familiares.

Sendo assim, faz necessário conhecer as mudanças realizadas no Direito de Família no contexto histórico e o seu impacto na imagem destinada ao idoso.

## **2.1 Breve Histórico**

Antigamente a família era vista como unidade de produção, com amplo incentivo a procriação. A união das pessoas pelo casamento era pautada pela manutenção da vida, e basicamente se estruturava em torno da religião e do patrimônio, pouco se importando os elos de afeto.

Na época, a sociedade conservadora estabelecia que os vínculos afetivos entre um homem e uma mulher, para serem aceitos socialmente, tinham que ser através da formalização do casamento, uma vez que a tornou como regra de conduta, legalmente capaz de permitir a multiplicação da população. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.5)

Conforme as palavras de Dias (2015, p.29), "a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito".

Na Roma antiga, a família era vista como unidade econômica, política, militar e religiosa, (FIGUEIREDO, 2015, p.28). Característica que se estendeu até a Revolução Industrial. A necessidade pela mão de obra, fez com que a mulher se inserisse no mercado de trabalho, ajudando assim na fonte de renda familiar, que até então, era só do homem.

Assim, a estrutura familiar passa a ser alterada, tornando-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole (DIAS, 2015, p.30). Nesse espaço de tempo, a família deixa o campo para viver nas cidades, aproximando os seus membros, selando o vínculo afetivo.

Com o avanço da sociedade, surge então, uma nova concepção de família, construída na base do amor e do carinho, passando a ficar evidente, a preocupação com a pessoa humana e o seu progresso social.

## **2.2 Constitucionalização do Direito Civil**

O Código Civil de 1916 trouxe a concepção de família limitada ao casamento, sem previsão de sua dissolução, pelo contrário, continha normas discriminatórias dirigidas às pessoas unidas sem matrimônio e aos filhos gerados dessa relação. Segundo Dias (2015, p. 32), as referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos.

Promulgada a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a família, passou a ter especial atenção do Estado, enfatizado no art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Desse modo, essa proteção ofertada pelo Estado, ampliou o conceito de casamento, pois a lei passa a reconhecer a união estável, bem como a família monoparental (formada por um dos pais e seus descendentes). Os filhos concebidos fora do casamento ou por adoção passam a ter os mesmos direitos e deveres.

Essas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, fez com que inúmeros artigos relativos ao direito de família, do Código Civil de 1916, não fossem recepcionados, haja vista que eram opostos a nova Carta Magna. Diante disso, entrou em vigor em 2002, o novo Código Civil, adequado com os dispositivos constitucionais e a nova formatação do direito de família, que deixou de ser matrimonializada e passou a ser pluralizada.

A proteção da pessoa humana passou a ficar evidente, após a democratização da família passar para a estrutura hierarquizada. As relações entre os familiares passam a ser entendida com igualdade e respeito, pautados com traços de lealdade. Nesse sentido Farias; Rosenvald (2015, p.804) concluem que “o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e as demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e ao progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora”.

## **2.3 Princípios Norteadores da Instituição da Família na Atualidade**

Os princípios estão presentes em todos os ramos do direito. E por meio deles, são estabelecidos valores que conduzem a interpretação necessária ao caso concreto.

No âmbito do direito de família, não se faz diferente, existem os princípios gerais como o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e aqueles específicos ao direito de família, como o da solidariedade familiar e o da afetividade.

Alguns desses princípios serão destacados pela sua relevância no direito de família.

O primeiro é o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que após as Guerras Mundiais e da vivência num período de governo totalitarista, o direito tornou-se humanizado e colocado o homem no centro das coisas, princípio este, manifestado originariamente dentro da família, lugar que requer uma convivência harmoniosa e em comunhão.

Tanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxeram em suas disposições o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas este foi efetivado somente a partir das Constituições Federais.

A partir da Carta Magna de 1988 que o princípio da dignidade humana elevou-se ao patamar máximo em relação aos outros, previsto no art. 1º, III da Constituição Federal e atrelado ao indivíduo, sujeito de direito e deveres, assevera uma vida minimamente digna, protegida contra situações degradantes e garantindo direitos básicos inerentes a todo homem. No direito de família, tem-se a doutrina:

[...] a dignidade da pessoa humana, da qual se extrai o direito de ser feliz, que envolve, inegavelmente, as relações afetivas, provocando uma "mudança do paradigma de família, o qual antes tinha como base o elemento genético ou biológico, passando a ter como fundamento e base o primado da afetividade, sendo, portanto, a verdadeira paternidade aquela resultante da relação de fato

e de afeto, e não mais a de origem puramente biológica".  
(JÚNIOR, 2012, p.65-66)

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana determina que se estabeleça igualdade entre os familiares, repudiando qualquer forma discriminatória de tratamento quanto à filiação ou outras formas de constituição do escopo familiar.

O segundo é o da solidariedade que traz para o Direito de Família a ideia de amparo, assistência e cuidado uns com os outros. Numa melhor definição, tem-se:

[...] tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade (DIAS, 2015, p.48).

É visível a presença deste princípio no tratamento conferido ao idoso pelo próprio artigo 229 da CF/88, quando estabelece que os pais têm o dever de criar e educar os seus filhos, e os filhos têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (BRASIL, 1988).

Trata-se de deveres recíprocos conferidos aos pais e filhos pela Constituição Federal, que uma vez violados, obriga o Estado a intervir nessa relação familiar, a fim de garantir os direitos inerentes a cada membro.

Em contrapartida, o princípio da afetividade cuida em promover o desenvolvimento da personalidade dos membros da família, propiciando que criam entre si laços de afeto e amizade, a fim de que os pais encontrem amparo na velhice e que os filhos estabeleçam um bom convívio com eles. Em brilhante explicação, Farias; Rosenthal (2015, p. 120) afirmam:

O afeto caracteriza a entidade familiar como uma verdadeira rede de solidariedade, constituída para o desenvolvimento da pessoa, não se permitindo que uma delas possa violar a natural confiança depositada por outra, consistentes em ver assegurada a dignidade humana, assegurada constitucionalmente.

Nessa perspectiva, é fundamental ressaltar, que o afeto é a base importante para a estrutura familiar, pois é através dele que nasce a confiança, e se consolida a ética e a responsabilidade em tais relações.

As relações de afeto são responsáveis por dar sentido e dignidade à existência humana. Devido a essa primordial importância dentro de uma relação familiar, o afeto tornou-se valor jurídico, não no condão de se tutelar a obrigatoriedade em amar, mas na seara de estabelecê-lo condizente com o cuidado, respeito, solidariedade, assistência, responsabilidade e convivência conferidos aos membros da família.

Assim, os princípios norteadores da Dignidade da Pessoa Humana, o da Solidariedade e da Afetividade se complementam entre si, pois desencadeiam dentro do Direito de Família uma nova construção familiar, totalmente diferente daquela estabelecida no Código Civil de 1916.

### **3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

É comum as pessoas encontrarem em situações do dia a dia casos que permitem fazer a pergunta: Quem é o responsável pelo evento danoso?

A resposta será obtida através da análise dos pressupostos que estruturam a responsabilidade civil. Dessa forma é necessário conhecer toda a temática que envolve o tema para se chegar à conclusão sobre aplicação da responsabilidade civil no abandono afetivo inverso.

#### **3.1 Origem**

A responsabilidade civil surgiu da necessidade de reparar o dano sofrido pela ação de uma pessoa em detrimento de outra. "Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil." (GONÇALVES, 2009, p.1). Para existir a necessidade de reparação, é preciso que se verifique a presença do dano, da culpa e do nexo causal.

Em Roma, sem a existência do direito, não se falava em culpa, pois haviam regras que estabeleciam o direito de indenizar pelo dano sofrido, tudo era resolvido de forma espontânea por meio da força e violência.

Com o surgimento das autoridades, foi banido que a vítima fizesse justiça com as próprias mãos. Passou a cogitar o uso da reparação com distinção entre os delitos públicos (que era o recolhimento aos cofres públicos da pena em dinheiro imposta ao infrator), dos delitos privados (a pena em dinheiro era destinada à vítima). Diante disso, a função de punir passou a ser do Estado com a consequente indenização à vítima.

No direito francês, a responsabilidade civil fundada na culpa foi amadurecida com o Código de Napoleão, que fez distinção entre “a noção da culpa *in abstracto* e a distinção entre culpa *delitua*l e culpa contratual.” (GONÇALVES, 2009, p.8).

Em Portugal, não se distinguiram a responsabilidade civil da criminal, tanto é que no Período Colonial, não havia qualquer diferença entre a aplicação da pena, multa e reparação.

No Brasil foi diferente, o Código Criminal de 1830 sofreu modificações, conforme explica Gonçalves (2009, p.9):

[...] transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros etc.

A teoria subjetiva foi adotada pelo Código Civil de 1916, que limitava o direito de reparo quanto à comprovação da existência de culpa ou dolo.

Com a evolução industrial e consequente número de danos sobrevivendo das relações de trabalho, surge a teoria do risco, baseada na ideia do empregador indenizar o empregado, independentemente de culpa, pois aquele assume toda a atividade desempenhada pelo obreiro.

Como consequência desta evolução, o Código Civil de 2002 aderiu tanto à responsabilidade civil subjetiva quanto a objetiva. Agora, os danos advindos da



conduta culposa e aqueles que independem da comprovação da culpa, são indenizáveis, restabelecendo juridicamente direitos outrora suprimidos.

### **3.2 Conceito e Classificação**

A palavra responsabilidade se originou da expressão latina *respondere*, que no direito romano trazia a ideia de vincular o devedor nos contratos celebrados de forma verbal.

Entre vários autores que trouxeram o conceito da responsabilidade civil, é importante destacar o trazido pela Diniz (2007, p.35):

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Dessa forma, a responsabilidade civil caracteriza-se como uma imposição legal que obriga o reparo de eventuais danos causados a outrem.

Quanto à classificação, pode ser subdividida em: contratual, extracontratual, direta, indireta, subjetiva e objetiva.

A responsabilidade contratual está ligada nas relações jurídicas em que haja inadimplemento contratual. Já a extracontratual, pressupõe ao fato da violação de lei, cujo fundamento está estrito ao ilícito cometido por pessoas que não estejam interligadas por obrigação contratual.

Em seguida tem-se a direta, que comina o reparo da lesão atribuída ao próprio agente. Enquanto a indireta, diz respeito a ato de terceiro, seja através de animais ou objetos inanimados.

E por fim, chega-se na classificação que dará toda importância a este trabalho. A responsabilidade civil subjetiva está elencada na culpa por ação ou omissão do agente, ou seja, para que haja responsabilização é necessária a comprovação da culpa, conforme se depreende do artigo 186 e 187 do Código Civil:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002)

Para a responsabilidade civil objetiva, a comprovação de culpa é insignificante, pois basta haver o risco para que se caracterize o direito a indenizar. Assim para essa teoria basta a comprovação do dano e do nexo causal e a necessidade de reparar o prejuízo advindo da atividade de risco, conforme estabelece o artigo 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ([arts. 186 e 187](#)), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

No âmbito de direito de família, também se aplica os preceitos oriundos da responsabilidade civil. Mas para isso, é preciso que incida as regras estabelecidas nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil.

### **3.3 Requisitos**

Para se verificar a existência da responsabilidade civil, faz necessário observar se foram atendidos os requisitos que compõem sua estrutura. Dessa forma, para que ocorra o direito à reparação é preciso estar presentes, ao mesmo tempo, a culpa, o dano e o nexo causal.

A culpa é verificada quando o agente comete ato ilícito por meio de conduta inaceitável. Na definição de culpa, tem-se o conceito trazido por Diniz (2007, p.39):

A culpa em sentido amplo, com violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato

intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever.

O art. 186 do Código Civil dispõe que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito". (BRASIL, 2002)

Pode-se afirmar para que haja omissão é necessário que antes exista o dever de praticar certo ato. Da mesma maneira a voluntariedade se estabelece quando o agente deixou de praticar algum ato por exclusiva culpa ou risco.

Nesta seara, para que a culpa seja imputada ao seu autor, este necessariamente precisa ter o discernimento e a consciência do ato praticado, caso contrário não incorrerá em culpa, por lhe faltar vontade própria ou entendimento necessário de sua conduta.

Outros elementos importantes na descaracterização da culpa se encontram no exercício normal de um direito, que é lesão provocada através de exercício legal, a legítima defesa e o estado de necessidade.

Em sequência, tem-se o dano como outro elemento da responsabilidade civil, que é verificado pela presença de lesão decorrida da ação ou omissão do agente. O dano pode ter natureza tanto material quanto moral, o material está ligado à ideia de deterioração total ou parcial do patrimônio da vítima, podendo ainda se desdobrar em lucro cessante, que é aquilo que deixou de lucrar em virtude do ocorrido, e o dano emergente, que é o prejuízo real que a vítima teve.

Já o dano moral resulta da lesão aos direitos da personalidade ou de sua dignidade. Outro ponto importante é que a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça prevê acumulação das indenizações por dano moral e dano material oriundos do mesmo fato.

Neste mesmo viés, vale destacar a perda de uma chance, considerada uma modalidade autônoma de dano, que se origina pela subtração em obter futuramente um benefício ou de evitar um prejuízo.

Ressalte-se que não necessariamente a chance futura a ser reparável precisa ser de cunho patrimonial, pois o objetivo é reparar a perda de uma oportunidade. Essa teoria é aplicada no Direito de Família conforme expõe Farias (IBDFAM, 2016, p.9):

Efetivamente, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance.

Dessa forma, para aplicação da perda de uma chance deve ser verificada a ocorrência de um ato ilícito, que particularmente no caso de abandono afetivo inverso, pode ser comprovada pela falta de convivência do filho com o pai, necessária para o bem estar e dignidade da pessoa idosa, o que pode resultar futuramente danos à saúde e psíquicos.

Já o nexo de causalidade se origina na responsabilidade subjetiva pela ligação entre a culpa e o dano, uma vez que “o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível” (DINIZ, 2007, p.107). Na responsabilidade objetiva, o nexo é formado pela conduta em detrimento da atividade de risco ou pela responsabilização sem culpa. Assim tudo que concorrer para a produção do dano será considerada causa.

Dessa forma, a responsabilidade civil está associada à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta do agente. Para isso, faz necessária a existência do dano que consequentemente gerará o direito de indenizar por meio de uma conduta omissiva ou comissiva do agente.

#### **4 O ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003) E DEMAIS DISPOSITIVOS DE PROTEÇÃO AO IDOSO**

Com o advento da sociedade e a necessidade de se criar dispositivos de proteção para as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos de idade, o poder

público juntamente com as famílias e a sociedade vem estabelecendo medidas sócio protetivas em face da melhoria de vida dessas pessoas.

Dessa forma são estabelecidas políticas de proteção ao idoso que são normas de aplicação imediata, ou seja, os direitos dos idosos possuem caráter personalíssimo com garantia constitucional e na lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

#### **4.1 Lei 10.741/2003 e a Constituição**

Foi a partir da Carta Magna, que surgiram diversas leis garantidoras dos direitos dos idosos. A primeira foi a Lei nº 8.842/94, conhecida como a Política Nacional do Idoso, que tratou de assegurar os direitos sociais, promovendo sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Essa lei reflete um novo olhar para as pessoas idosas necessitadas de cuidados, proteção e respeito.

É importante frisar que envelhecer é um fator natural da vida, e que todos irão passar por este processo. O que se busca é garantir que na velhice, a qualidade de vida seja adequada a propiciar a dignidade e conforto. Estes serão garantidos mediante esforços do poder público juntamente com a população, que muitas das vezes infligem as normas de proteção destinadas as pessoas de idade.

Mediante a necessidade de regulamentar mais os direitos dos idosos foi criada a lei 10.741/2003 conhecida como o Estatuto do Idoso, sancionada pelo Presidente da República em 1º de outubro de 2003, tomando como diretrizes as mesmas regras da Política Nacional do Idoso, com garantia de cumprimento das normas por meio de fiscalização e sanção. Na definição trazida por DIAS (2015, p.654) o Estatuto do Idoso é considerado um “microsistema e tem o mérito de reconhecer as necessidades especiais dos mais velhos, estipulando obrigações ao Estado”.

Do mesmo modo como existem tutelas como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que protege os direitos das crianças, existem aqueles destinados aos idosos. E logo no art. 3º do Estatuto do Idoso, tem-se que:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003)

Na mesma Linha, o art. 4º do Estatuto do Idoso traz a seguinte proteção: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”. Infelizmente existem inúmeros relatos de maus tratos aos idosos, alguns chegam ao conhecimento das autoridades e outros ficam impunes.

A Constituição Federal de 1988 além de trazer no art. 1º, III, o fundamento da dignidade da pessoa humana trouxe como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o compromisso de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A preocupação do legislador em fornecer maior amparo aos idosos inseriu no art. 229 do mesmo diploma legal, o princípio da solidariedade, no qual estabelece que os pais têm o dever de criar e educar os seus filhos, e os filhos têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. No art. 230 estabelece que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

É notório que a Constituição garantiu vários direitos aos idosos, entretanto, é necessário salientar que o direito à vida vai além do direito de viver, pois abarca o direito de envelhecer com dignidade, proteção e respeito.

No tocante a liberdade, cabe ao Estado, à família e a sociedade providenciá-la de modo que o idoso receba as prestações previdenciárias e assistenciais necessárias para a sua sobrevivência. Em razão disso, é garantido aos idosos um salário mínimo de benefício mensal, quando comprovarem que não têm condições de prover o seu próprio sustento. Também, é garantido aos que possuem mais de 65 anos, o direito ao transporte público gratuito. Quanto ao direito a igualdade e a cidadania, os idosos possuem os mesmos direitos dos que vivem em sociedade, inclusive quanto à atuação na política pública.



A Constituição Federal trouxe em seu art. 230, § 1º o direito do idoso de ser acolhido em seu próprio lar, assegurando-lhe o direito à moradia digna (art. 37 do Estatuto do Idoso).

Pelo princípio da proteção integral, a família possui obrigação de garantir e prover os direitos dos idosos, de forma que é resguardada a todos os parentes a legitimidade de defesa e representação em juízo.

Com base na solidariedade familiar, o direito de receber alimentos dos filhos foi disciplinado pelo art. 1.696 do Código Civil de 2002, que dispõe: "O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros". Na falta de parentes próximos, a obrigação alimentar será imposta ao Estado por meio da assistência social, e para aqueles idosos que possuam acima de 65 anos, sem condições de arcar com a própria subsistência, fará jus a receber o valor de um salário mínimo mensal.

Os idosos possuem prioridade na tramitação dos processos e direito de demandar no foro do seu domicílio. Além dessa garantia, os idosos contam também com a reserva de 3% das unidades habitacionais para moradia própria, com acessibilidade para locomoção (art. 38, I, lei 10.741/03).

A lei garante reserva nas empresas de transporte público de 10% dos assentos para as pessoas idosas, assim como o direito a 5% das vagas nos estacionamento públicos ou privados.

O art. 98 do Estatuto do Idoso estabelece como crime sujeito a pena de detenção, aqueles que vierem a "abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado". Incorre nas mesmas sanções aqueles que praticarem violência contra os idosos sejam em locais públicos ou privados, bem como ofertar prática discriminatória de impedi-los ou dificultando o acesso aos meios de transporte, nas agências bancárias, ao exercício de cidadania.

Torna-se importante salientar que é a através da Constituição Federal, da Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso, que a família recebe um papel

importante na proteção dos direitos dos idosos, pois resta configurado o papel essencial ligado à proteção, afetividade, respeito, alimentação, moradia, dentre outros.

## **5 ABANDONO AFETIVO**

A correria do dia a dia faz com que inúmeras famílias vivam em um colapso de tempo. A visão de união que antigamente se tinha, sobretudo em um mesmo espaço físico, hoje dá lugar à relações marcadas pela falta de tempo compartilhado entre esses membros. Os pais trabalham o dia inteiro para trazer sustento e conforto para seus familiares e, em razão disso, saem de casa muito cedo e chegam muito tarde, o que se permite concluir que muito pouco se estabelece diálogo entre eles.

E os filhos como ficam nessa história? Sim, eles têm de tudo, desde a roupa mais cara até o último lançamento do brinquedo favorito! Não lhes faltam bens materiais, falta sim, o que mais uma criança necessita para a sua formação, o afeto aliado à atenção, deixaram os pais de oferecer.

Se o atual modelo de vida faz com que a sociedade aja assim com as crianças, como está sendo com os idosos? Estes passaram por tudo na vida e chegaram a um estado no qual se requer carinho, atenção, cuidado e proteção. Mas onde estão os filhos? Talvez ocupados, cada um cuidando de sua vida, fez com que, se não esqueceram, passaram a não ter tempo e a não conviverem com seus pais, ou pior, romperam totalmente o contato com estes.

O sentimento de abandono, de incapacidade e de tristeza é gerado nessas pessoas, mas o que pode vir a ser feito? Houve dano? Cabe responsabilidade civil pelo abandono afetivo?

Para responder as perguntas, faz necessário analisar o instituto do abandono afetivo, bem como conhecer posicionamentos de Tribunais e doutrinadores sobre o tema.

### **5.1 Origem do instituto e sua evolução na legislação brasileira**

A evolução familiar propiciou que os seus membros criassem elos de afetos pautados na solidariedade e respeito mútuos. Verifica-se hoje, que tanto nas

relações conjugais como o casamento, monogamia, poligamia, poliamor e uniões homoafetivas, assim como nas relações de parentalidade: filiação biológica, adotiva ou estado de filho, que a afetividade tornou-se elemento estrutural para a condição de existência desses vínculos.

O direito de família vem sofrendo significativas modificações no que diz respeito à proteção de diversas entidades familiares, antes esquecidas juridicamente, mas que vem alcançando proteção do Estado. Dentre essas mudanças, ressalta-se que a família deixou de ser reconhecida como uma instituição política e religiosa, passando a ser avistada no campo afetivo.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi estabelecido igualdade entre o homem e a mulher, sendo que as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidas como sujeitos de direitos, tendo elas oportunidades para desenvolverem no campo físico, mental, moral e social. Após essas evoluções, o direito de família passou a ser reconhecido como Direito de Família Constitucional.

Dessa forma, o afeto é responsável por impulsionar as relações familiares, possuindo o papel importante para a existência humana, uma vez que se tornou fundamento importante nos litígios que envolvem família. Lira (2016, p.7), vice-presidente do IBDFAM, esclarece que:

A afetividade que gera efeitos jurídicos não é aquela vista apenas como valor psicológico ou social, mas sim a que invade a ciência jurídica, transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos; como o 'respeito e consideração mútuos' (art. 1.566,V) e 'lealdade e respeito' (art. 1.724), o afeto e a tolerância são incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares.

O afeto recebe valor jurídico a partir do momento que é tratado na sua forma objetiva e não pela razão de seu aspecto subjetivo ou emocional. Para Lira (2016, p. 7), o afeto objetivo é considerado aquele em que se pode:

[...] mensurar juridicamente, é o que está relacionado com solidariedade, respeito, assistência, cuidado, responsabilidade e convivência, é, portanto, um dever

recíproco entre os integrantes de um grupo familiar, conferido e imposto a todos, de acordo com o papel que cada um ocupa na entidade.

A partir do momento em que se estabelece a relação filiatória, nasce à obrigatoriedade dos pais arcarem com o sustento, a educação e a assistência moral e material dos filhos, conforme o art. 229 da Constituição Federal.

Mas a realidade nem sempre foi essa, existem pais que burlam o dever legalmente imposto, seja por ato irresponsável ou por desconhecer o significado do vínculo paterno-filial, o que acarreta o surgimento do que a doutrina determina como sendo o abandono afetivo.

Trata-se de uma questão polêmica que acende várias discussões sobre o assunto, pois doutrinas e jurisprudências divergem quanto à aplicabilidade de indenização pelo abandono afetivo.

## **5.2 Conceito e Características**

A paternidade não é mais um conjunto de competência atribuída aos pais, pois passou ao interesse de atender ao melhor interesse do filho. Sendo assim, é ausente o pai ou a mãe que acredita que somente o sustento material é o suficiente para a criação de filhos. (PEREIRA, 2016, p. 3).

Vale ressaltar que pode acontecer de pais e filho não terem afeto uns com o outro, mas prevalece nessa relação o dever de assistência, cuidado e todo suporte necessário para a manutenção da vida.

Estudos revelam que o contexto familiar na qual a criança está inserida é fator fundamental para o seu desenvolvimento e formação. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever (DIAS, 2015). A falta deste convívio podem gerar sentimentos de dor e abandono, resultando em uma vida repleta de carências e traumas.

O abandono afetivo acontece quando se rompe esse dever de cuidado estabelecido constitucionalmente, ruptura que pode acontecer devido à falta de assistência moral e afetiva, ou até mesmo pelo inadimplemento das obrigações de cuidar, educar e de se fazer presente no cotidiano.

Diante disso, entende-se que é gerado o direito a reparação civil, pois a relação afetiva, uma vez não cumprida gera danos irreparáveis, sujeitos a indenização. Tal comprovação, não impõe um valor econômico ao amor, mas reconhece que o afeto é um bem de valor, cuja falta gera danos psicológicos.

No Brasil, tramita o Projeto de Lei no Senado Federal nº 700/2007 de autoria do senador, Marcelo Crivella, que visa tornar como crime o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, com alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente. No texto do projeto de lei, a conduta ilícita que ofenda direitos fundamentais da criança e do adolescente, inclusive em casos de abandono afetivo, está sujeita à reparação, além do dever dos pais em dar sustento, educação, convivência, guarda, assistência material e afetiva.

Outro Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados de nº 4.294/2008 de autoria do Deputado Carlos Bezerra, visa acrescentar parágrafo no art. 1.632 do Código Civil e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, estabelecendo indenização por abandono afetivo. Na justificativa do projeto tem-se que:

O envolvimento familiar não pode ser mais apenas pautado em um parâmetro patrimonialista-individualista. Deve abranger também questões éticas que habitam, ou ao menos deveriam habitar, o consciente e inconsciente de todo ser humano.

Entre as obrigações existentes entre pais e filhos, não há apenas a prestação de auxílio material.

No caso dos filhos menores, o trauma decorrente do abandono afetivo parental implica marcas profundas no comportamento da criança.

[...] No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em eficiências funcionais e no agravamento de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida. (BEZERRA, 2008)

Sendo esses projetos de leis aprovados, será uma grande conquista para proteger os direitos das crianças e adolescentes, assim como também das pessoas idosas que também se encontram vulneráveis na questão do afeto.

### **5.3 Jurisprudência**

Sobre a ótica que no Brasil é aceito a responsabilidade civil nas relações familiares, muito se diverge os estudiosos e aplicadores, sobre a possibilidade de se indenizar o abandono afetivo. Muito embora se saiba que não se pode obrigar ninguém a amar o outro, a questão vem sendo levantada cada vez mais pelos diversos tribunais do País.

Em 2004, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou o pai a pagar o valor de 200 salários mínimos em virtude do filho ter entrado com ação por danos morais, alegando abandono afetivo por parte do pai que se afastou definitivamente após a separação da sua mãe e nascimento da sua irmã fruto de outro relacionamento, eis a decisão reformada pelo Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do Código Civil de 2002) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária (STJ, AC. 4ª T., REsp. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005, DJU 27.3.2006).

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que 'a indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária' (REsp. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido (BRASIL, STJ, 2009).

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 567.164/MG manteve a mesma posição do Superior Tribunal de Justiça, negando



indenização por abandono afetivo. Na referida ação, foi citado que a perda do poder familiar por abandono de guarda dos filhos possui punição específica que não seja através da indenização pecuniária.

Em 2012, na mesma vertente, a Ministra Fátima Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, teve entendimento diverso ao reconhecer que é devido indenização por abandono afetivo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere* que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal,

exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, STJ, 2012)

Nesta decisão, a Ministra Nancy Andrighi sustentou a tese que amar é faculdade, cuidar é dever, sob o seguinte argumento: “Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.” (ANDRIGHI, 2012)

Por outro lado, Farias; Rosenvald (2015, p.556) mantiveram posição contrária da Ministra, pois acreditam que é injustificável resolver a questão do afeto pela via de compensação monetária.

Nesta seara, existe divergência entre os doutrinadores quanto à possibilidade de ser cabível a aplicação da ilicitude no direito de família.

Em outra margem, Dias (2015, p.98) defende a ideia de que o abandono afetivo pode gerar obrigação indenizatória, pois o mesmo encontra respaldo legal (CC 952, parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem.

Diante de tantos apontamentos favoráveis e desfavoráveis em relação ao direito de receber indenização pelo abandono afetivo, resta aguardar que os Tribunais Superiores pacifiquem entendimento quanto à matéria.

## **6 DA POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO INVERSO**

Atualmente o Brasil possui em torno de 25 milhões de pessoas com idade acima de 60 anos, sendo o Rio de Janeiro, o Estado brasileiro, que concentra o maior número de idosos, aproximadamente 2,42 milhões, conforme dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Em razão da melhoria de vida das pessoas, aliadas a mudanças sociais, a expectativa é que a população idosa no Brasil chegue a 41 milhões de pessoas até 2030, podendo chegar a 68,1 milhões de pessoas com 60 anos de idade em 2050.

Diante desse aumento da expectativa de vida, o Brasil se tornou um País popularmente idoso, e com isso surgiram consequências quanto ao cuidado e afeto que essas pessoas de idade merecem, pois são vistas e tratadas como doentes, incapazes e inúteis na maioria das vezes. Essa discriminação se origina em grande parte dentro da própria família e na sociedade cuja maior preocupação é voltada para a juventude.

Neste viés, milhares de denúncias são realizadas pela violação dos direitos da pessoa idosa. De acordo com os dados do Disque 100, mais de 68% das violações (cerca de 77 mil no total em um período de três anos) estão relacionadas a negligência e violência psicológica (59,3%), sendo mais de 50% dos infratores os próprios filhos.

Os casos mais frequentes de violação desses direitos estão relacionados ao abandono familiar, sendo o mais comum aqueles em que os filhos deixam os seus pais em asilos ou casas de saúde e não os visitam e nem se preocupam mais com o bem-estar. Essa atitude por parte dos filhos acontece quando os pais apresentam dificuldades em falar, se locomover, de comer, por aparecimento de doenças ou perda da vitalidade, o que pode resultar em abandono dessas pessoas.

O idoso que vive longe de sua família costuma apresentar sintomas de ansiedade, seja porque está morando em asilo (lugar desconhecido) ou porque está morando sozinho em casa, ambas opções despertam o sentimento de angústia e saudade.

O abandono traz consequências irreparáveis na vida dos idosos, seja no campo psíquico, afetivo ou moral. Leva ao sofrimento, contribui para o surgimento ou agravamento de doenças, e em casos mais graves pode resultar em morte.

Por sua vez, a China é considerada o País com maior índice de envelhecimento do mundo. E para amenizar os problemas do abandono do idoso, foi criada no ano de 2013, a lei que pune com cadeia os filhos que não visitam os pais idosos.

No Brasil, existe a carência de realização de projetos que aproximem a população e a família do idoso ao conhecimento das necessidades e direitos dessas pessoas, bem como a forma de prevenção e remediação dos abusos e agressões. Para PEREIRA (2016), Presidente do IBDFAM, o maior desafio, hoje, é:

Garantir um envelhecimento com dignidade e autonomia, de modo que é essencial que os programas criados tenham por norte o bem-estar do idoso e a manutenção de sua capacidade criativa e relacional, possibilitando a sua integração total no seio da sociedade. (PEREIRA, 2016, p.2)

Dessa forma, quando se rompe o afeto dos filhos com os pais, surge o que se denomina abandono afetivo inverso. Nesse sentido, Alves (IBDFAM, 2013) desembargador, entende que:

[...] abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família.

A expressão “inverso” é justamente colocada pela relação estabelecida na relação paterno-filial, no qual se extrai pelo art. 229 da Constituição federal o dever de solidariedade, que consubstancia os filhos maiores de ajudar e ampararem seus pais na velhice, bem como na carência e enfermidade.

O abandono afetivo inverso torna-se um problema jurídico, na medida em que o seu objeto central está na ideia de se abandonar afetivamente o pai ou mãe. A própria Constituição Federal estabelece no art. 230 o dever da família, da sociedade e do Estado de ampararem as pessoas idosas, com isso não há dúvida que são deveres dos filhos a prestação do auxílio material.

Comumente essa prestação material não é suficiente para garantir que as pessoas mais velhas sejam tratadas com carinho e respeito. Por mais que os filhos cumpram a obrigação de sustento dos pais, é impossível garantir que tenham uma convivência baseada no companheirismo, amizade e afeto. É nessa perspectiva que o abandono afetivo se torna mais grave que o abandono material, pois este pode ser suprido por qualquer pessoa ou até mesmo pelo Estado por meio dos seus programas sociais, já o carinho uma vez negado torna-se insubstituível.

Nesta seara surge a hipótese de indenização pelo abandono afetivo inverso, cuja ideia de reparação está atrelada a compensação dos danos extrapatrimoniais, ocasionados pela ruptura da assistência moral e afetiva. A reparação pode amenizar a sensação de dano, mas não apagará aquele construído e estabelecido durante anos.

É sabido que ninguém está obrigado a amar ninguém, pois o amor é um sentimento voluntário e sem escolhas. Entretanto, o dever de cuidado que a lei estabelece pode ser imposto por meio de sanções cíveis e penais.

Agora os papéis estão invertidos, quando o filho era criança o pai o ensinou a andar, a falar, deu-lhe banho e comida e muitas vezes participou das brincadeiras infantis. Hoje com o filho crescido e o pai com uma idade avançada, este necessita da atenção do filho para ouvi-lo com paciência, ajudá-lo a caminhar e a se higienizar.

O art. 2º do Estatuto do Idoso confere aos idosos:

[...] todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (BRASIL, 2003)

Desta feita, a lei assegura a responsabilização civil para aqueles que infringem os direitos dos idosos. Para Pereira (2016), a omissão no dever de cuidado dos filhos em relação aos pais idosos também constitui ilícito civil, gerando o dever de indenizar.

Assim, nasce um novo instituto denominado abandono afetivo inverso, no qual possibilita os idosos de receberem indenização dos seus filhos pelo abandono afetivo sofrido.

### **6.1 Responsabilidade civil no âmbito familiar**

A questão central do tema, qual seja, a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo inverso, gira em torno de uma análise sobre amor, dever e cuidado, bem como acerca de um possível caráter pedagógico da indenização.

A Teoria do desamor foi suscitada pela primeira vez pela Jurista Gisela Maria Fernandes Moraes, que defende a ideia de responsabilizar o pai que não amparou afetivamente o seu filho, mesmo dando-lhe toda a assistência material necessária para sua sobrevivência. Neste escopo, por haver semelhança de casos, essa teoria pode ser aplicada no abandono afetivo inverso, pois cada vez mais Tribunais têm reconhecido a necessidade de se tutelar a afetividade familiar em todos os graus de relação.

A responsabilidade civil sempre esteve atrelada ao direito obrigacional e nos contratos. Em razão de possuir caráter negocial, tal instituto começou a fazer parte da seara familiar a partir das mudanças sofridas no direito de família.

É sabido que o princípio da solidariedade familiar gira em torno da relação entre pais e filhos. E a grande discussão sobre a responsabilidade civil no direito de família está sobre o abandono afetivo e uma possível indenização pela ruptura desse laço de afeto. Assim inúmeras jurisprudências negavam a admissibilidade de indenização por dano moral, ou somente admitiam nos casos com reflexos pecuniários. Com o tempo isso foi mudando, e passou-se a admitir o dano moral puro, devido ao reconhecimento da necessidade de tutelar aquela espécie de direito.

É importante ressaltar que a responsabilidade civil no direito de família está associada no aspecto preventivo e educador que tal sanção pode apresentar no comportamento individual, além de tentar amenizar o sofrimento dos que sofrem desamor por parte dos parentes.



Em contrapartida para que seja aplicada a responsabilidade civil no âmbito familiar, é necessária a presença dos elementos caracterizadores, tais como: ação ou omissão, nexo de causalidade e dano.

A ação ou omissão está ligada na conduta de desamparo dos filhos com os pais. O nexo de causalidade se faz presente em virtude da verificação da relação familiar existente, seja por laços sanguíneos ou sócioafetivos. O dano, por sua vez, pode ser comprovado através de depoimentos de testemunhas, estudo social ou laudos psicológicos e psiquiátricos.

Deste modo, o dano moral pode ser configurado quando for atingidos a honra, a imagem, a intimidade e o sentimento. No caso dos idosos, qualquer indiferença recebida por parte da família fere a dignidade e a personalidade, resultando em aborrecimentos e tristezas. Sendo assim, ao se negar o direito a indenização, gera a contribuição para que estes atos continuem a acontecer, de modo a violar gradativamente a dignidade humana.

Por outro lado, Farias; Rosenvald (2015, p. 129) possuem entendimento diverso sobre a possibilidade de indenização por dano moral nas relações afetivas:

Afeto, carinho, amor, atenção... são valores espirituais, dedicados a outrem por absoluta e exclusiva vontade pessoal, não por imposição jurídica. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa de afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica. Seria subverter a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o *ter* valia mais do que o *ser*.

O objetivo da aplicação da responsabilidade civil no direito de família foge da ideia de patrimonializar as relações familiares e de impor um valor ao afeto, mas possibilitar que seja um conforto para aqueles que não possuem a oportunidade de ter uma convivência baseada na felicidade com sua família.

Neste viés, a indenização pelo dano moral decorrente do abandono afetivo não seria baseada na condenação do filho pela falta de amor, mas sim pelas suas atitudes que provocaram algum dano moral ou psíquico. Ressalte-se que

ninguém é obrigado a amar os pais, por mais estranho que possa parecer, mas é obrigado a fornecer toda assistência que os pais careçam.

A problemática que surge e que faz ocorrer divergências entre Doutrinadores e Tribunais está no condão de identificar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil e sua ligação com a ilicitude da conduta do agente, outro ponto seria o *quantum debeatur* das indenizações.

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça negou ação de indenização por abandono afetivo, pois não ficou comprovada a configuração do nexo causal entre o ato ilícito e o dano, eis a justificativa:

[...] 2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre

se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu.

5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato.

6. O dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes legais e regimentais, pois além de indicar o dispositivo legal e transcrever os julgados apontados como paradigmas, cabia ao recorrente realizar o cotejo analítico, demonstrando-se a identidade das situações fáticas e a interpretação diversa dada ao mesmo dispositivo legal, o que não ocorreu.

7. Recurso especial não provido. (BRASIL, STJ, 2015).

Não a que se negar que o tema Responsabilidade Civil por abandono afetivo é um tema recente e que gera grandes debates, restando aguardar que o judiciário uniformize o entendimento sobre a matéria, cabendo aos doutrinadores e operadores de direito um aprofundamento sobre o tema a fim de resguardar os direitos dos idosos na construção de uma sociedade que realmente valorize a dignidade do ser humano.

## **7 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Estatuto do Idoso, a Política Nacional do Idoso e os dispositivos constitucionais são instrumentos de proteção para resguardar a dignidade da pessoa humana e efetivar os direitos fundamentais. Com o aumento da expectativa de vida e o grande número de idosos que vivem no Brasil, faz necessário reforçar essas políticas de proteção ao idoso, para que amenize possíveis desigualdades de direitos.

Neste sentido, aumenta-se a discussão sobre a possibilidade de indenizar pelo abandono afetivo inverso, o que gera divergências de entendimento tanto entre doutrinadores quanto nos Tribunais. A grande parte entende que não se deve indenizar pela simples falta de afeto, uma vez que ninguém é obrigado amar ninguém. Por outro lado, a minoria (mesmo que crescente) revela um sentimento de justiça ao requerer a reparação pelo não cumprimento do dever de cuidado, o que pode vir a gerar danos à saúde ou psíquicos.

Para que se configure a Responsabilidade Civil no âmbito familiar, é preciso haver o ato ilícito derivado de uma conduta omissiva, negligente ou imperita aliados ao nexo causal. Assim, ao se considerar o dever dos filhos em zelar pelos pais, não é preciso demonstrar a presença da culpa, uma vez que se torna objetiva e faz com que esteja caracterizada na própria conduta.

Neste viés, os princípios da afetividade, da solidariedade familiar e o modelo de proteção integral fornecem amparo aos idosos para que busquem junto ao Judiciário o direito a indenização pelo danos sofridos pelo abandono afetivo de seus filhos, que por sua vez, resulta violação a integridade física e moral, a imagem e a intimidade, e nos piores casos pode gerar a morte.

Desta forma, a responsabilidade civil fica configurada com a possibilidade de requerer danos morais com o objetivo de amenizar o dano sofrido pelos pais idosos. A questão não é quantificar o amor, até porque este não tem preço, mas sim servir de alerta para que outros casos não voltem a acontecer, tendo verdadeiro cunho pedagógico.

Assim sendo, a questão de indenizar por abandono afetivo inverso é polêmica, pois gera diversos apontamentos. O intuito deste trabalho não foi esgotar o tema, mas discutir sobre o mesmo e demonstrar que, mesmo diante de divergências ainda existentes, é sim possível que os idosos venham a ser indenizados caso sofram pelo abandono afetivo.

Provavelmente, os Tribunais futuramente irão pacificar o entendimento. Enquanto isso se espera que seja estabelecida conscientização junto a sociedade e a família, para que indiferente dos dispositivos normativos e entendimentos que venham futuramente a prevalecer, sejam sempre os idosos tratados com a maior dignidade possível.

## REFERÊNCIAS

**BEZERRA, Carlos.** CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº**

**4294/2008.**Disponível

em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em 08 set. 2016.

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

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.842 de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 4 de janeiro de 1994.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. 10 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 1º de outubro de 2003.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 757.411/MG**. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22FERNANDO+GON%C7ALVES%22%29.min.&processo=757411&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 15 de set. 2016

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.159.242/SP** (2009/0193701-9). Rel. Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção, julg. 24.04.2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br/](http://www.stj.jus.br/)>. Acesso em: 7 set. 2016.

\_\_\_\_ Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1557978/DF**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&data=%40DTDE+%3E%3D+20151103&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=5>. Acesso em: 15 set. 2016

\_\_\_\_ Supremo Tribunal Federal. Abandono Afetivo. **RE 567164 ED/ MG – Minas Gerais**. Relatora: Ministra Ellen Gracie, 18 agos. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28abandono+afetivo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ln5pjsh>. Acesso em 03 mar. 2016.

CRIVELLA, Marcelo. **SENADO FEDERAL**. Projeto de Lei nº 700/2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em 08 set. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, MARIA HELENA. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

FARIAS, C.C de; ROSENVALD, N. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, v. 6, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A perda de uma chance. **Revista IBDFAM: Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**, Minas Gerais, ed. 26, abr./maio 2016.

FIGUEIREDO, L; FIGUEIREDO, R. **Sinopse de Direito Civil: Famílias e Sucessões**. 2. ed, Bahia: Editora JusPODIVM, 2015.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, v.4, 2009.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 29 fev. 2016.



JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2012.

LIRA, Wlademir Paes de. Afeto como valor jurídico. **Revista IBDFAM: Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**, Minas Gerais, ed. 26, abr./maio 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O alimento imprescindível para a alma é o amor, o afeto. **Revista IBDFAM: Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**, Minas Gerais, ed. 26, abr./maio.2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **TJMG: Abandono afetivo e a responsabilidade civil**, 2014. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/tjmg-abandono-afetivo-e-responsabilidade-civil/>. Acesso em 31 mar. 2016.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abandono afetivo inverso. **Revista IBDFAM: Abandono afetivo a parentalidade e o desamor**, Minas Gerais, ed. 26, abr./maio 2016.

## A APROPRIAÇÃO DO ESTADO SOBRE O CORPO DA MULHER

**MONICA THAIS SOUZA RIBEIRO:** Advogada.  
Mestranda em Direito e Políticas Públicas pelo  
UniCEUB.

**RESUMO:** O que os nossos olhos enxergam não é neutro ou exatamente o que está ali. É fruto do consumo e da cultura. A forma como observamos e percebemos os fatos, atos e determinações, são aparentemente de natureza inerente ao certo e errado, ou ainda, em acordo com a legislação, mas tudo isso é fruto de tradição e imposição de consumo. Busca-se na epistemologia feminista, explicações para o domínio do corpo da mulher, uma vez naturalizadas crenças de comportamento, controladas suas escolhas, e a questão fundamental para sua sobrevivência no caso em análise: a possibilidade de realização do aborto. As mulheres são tratadas de forma desigual desde os aspectos profissionais, salariais, as cobranças sociais, morais, domésticas e estéticas. Este trabalho busca fundamentos para a compreensão de uma sociedade desigual, as possibilidades de escolhas e as responsabilidades individuais.

**Palavras chaves:** Igualdade. Liberdade. Corpo. Aborto.

**ABSTRACT:** *What our eyes see is not neutral or exactly what is there. It is a product of consumption and culture. The way we observe and perceive the facts, acts, and determinations are apparently inherent in right and wrong, or even in accordance with the law, but all this is the fruit of tradition and imposition of consumption. It seeks feminist epistemology, explanations for the domain of the woman's body, once naturalized beliefs of behavior, controlled their choices, and the fundamental question for their survival in the case under analysis: the possibility of abortion. Women are treated unequally from the professional, wage, social, moral, domestic and aesthetic aspects. This work seeks foundations for the construction of a less unequal society, respecting individual choices and responsibilities, in their differences.*

**Keywords:** Equality. Freedom. Body. Abortion.

---

### INTRODUÇÃO

A premissa deste trabalho é a inclusão da mulher como figura de direito, numa apresentação dos paradigmas enfrentados hodiernamente por questões de gênero e a abordagem de uma nova percepção do papel que a mulher ocupa na sociedade.

Reconhecemos que há uma ideia de sacralidade no corpo humano (LE BRETON; 2010) na vida e ainda, aspectos morais, religiosos e dogmáticos que explicam a contínua e insistente forma de tentar controlar o corpo feminino, fruto do patriarcado balizador de uma suposta postura que o ser feminino deve exercer.

O termo igualdade nos parece muito distante de ser efetivo na vida das mulheres, pela liberdade cerceada que elas sofrem em razão da perpetuação de dogmas religiosos, conservadorismo em detrimento da saúde, em desencontro com o alcance de uma sociedade mais tolerante, equilibrada e justa. Entendemos que o corpo da mulher deve ser controlado por ela somente.

Para garantir a dignidade, hoje é necessário a equidade nas relações de trabalho (respeitas as necessidades do corpo feminino e as demandas maternas), diminuição do impacto moral religioso nas decisões judiciais. Este estudo tem enfoque na visão de igualdade para Ronald Dworkin<sup>[1]</sup>, sob um olhar feminista a buscar fundamentos para construção de uma sociedade menos desigual, respeitadas as escolhas e as responsabilidades individuais, em suas diferenças.

A proposta, portanto, é analisar a desigualdade de gênero e buscar maneiras de cumprir o princípio constitucional da igualdade, rompendo com o patriarcado, com a religiosidade aplicada nas decisões e ainda, romper com valores sociais estabelecidos por homens, a excluir e punir os interesses da mulher.

## **UMA HIPOTESE DE AUTONOMIA DOS CORPOS**

Feito um levantamento histórico da situação atual de submissão da mulher, desde 1861, quando era ela a detentora do controle – vista ausência de monogamia – por ter o controle da prole, aos tempos atuais em que além de acumular funções e tarefas domésticas, as mulheres sofrem violência no âmbito familiar desde o nascimento.

As mulheres já estiveram no controle e no poder da administração pública – daí o significado do termo ginecocracia. Nos primórdios, as mulheres quem tinham o controle, uma vez que não era possível determinar a paternidade dos filhos nascidos naquela época, a identificação dos laços familiares era somente por parte materna. (ENGELS, 2006)

“O estudo da história da família data de 1861, com o aparecimento do livro Direito Materno de Bachofen. Nesse livro o autor faz as seguintes afirmações: 1- nos tempos primitivos, os homens viviam em total promiscuidade sexual – chamada impropriamente de heterismo por Bachofen; 2- Esse tipo de relação excluía qualquer possibilidade de estabelecer, com segurança, a paternidade, de modo que a filiação só podia ser contada por linha feminina, segundo o direito materno, e que isso ocorria em todos os povos antigos; 3- por conseguinte, as mulheres, como mães, como únicos genitores conhecidos da nova geração gozavam de elevado grau de apreço e consideração chegando, segundo afirma Bachofen, ao domínio feminino absoluto (ginecocracia); (...) a passagem do ‘heterismo’ para a monogamia e do direito materno para o paterno se processa, segundo ele, particularmente entre os gregos, em consequência de um ulterior desenvolvimento das concepções religiosas (...) Dessa maneira, não foi o desenvolvimento das condições reais de vida dos homens, mas o reflexo religioso dessas condições na cabeça deles que, segundo Bachofen, determinou as transformações históricas na situação social recíproca do homem e da mulher” (Engels; 2ª edição, p.19)

A proposta de (DWORKIN, 2011) na obra Domínio da Vida, é de que esta tornou-se algo de um valor inerente e inviolável, de maneira que todas as questões morais, religiosas e as controvérsias em torno do aborto se dão em razão disso. A supervalorização da vida humana, fazendo com que acreditemos que é necessário fazer algo extraordinário, tornando a vida um bem jurídico fundamental, está ligado também à possibilidade de manipular e controlar pessoas a partir dessa premissa.

Numa perspectiva sociológica e antropológica, Le Breton define que a realidade é construída a partir do próprio corpo, ignorando a ideia de que este

corpo seja construído da identidade da pessoa, mas por reflexos da cultura associada. Segundo ele “a sociologia aplicada ao corpo distancia-se das asserções médicas que desconhecem as dimensões pessoal, social e cultural de suas percepções sobre o corpo” (LE BRETON, 2010)

Conforme o autor, com fulcro em estudos realizados com diversas profissões que usam o corpo para o labor, tais como às artes, o artesanato, esportes, arte circense, foram analisadas as formas de sentir dor, de conhecer o próprio corpo, de se reconhecer enquanto um corpo e as influências da cultura e da sociedade sobre este corpo, bem como a manifestação de comportamento e como os sentimentos e emoções se manifestam.

As investigações sobre o corpo devem ser profundas e analíticas, visto a magnitude do assunto que abrange desde a antropologia, sociologia, comportamento, com significados e representações distintos em cada temática. É pertinente observar cada um desses aspectos, uma vez que todos eles influenciarão na formação dos corpos, a forma como são tratados, observados e legislados.

A ideia da dignidade da pessoa humana surgiu com os direitos sociais, após a 1ª guerra mundial. Tal como as ideias de liberdade e igualdade, podem ser amplas demais, o conceito e abrangência da dignidade da pessoa humana pode ser, como pode não ser coisa nenhuma.

A mulher deve ser livre para dispor do seu próprio corpo pelo argumento de preservação da sua saúde mental. A negativa das escolhas sobre o próprio corpo, a criminalização do aborto, a condenção social que repousa sobre o tema e ainda, tudo que esta mulher irá passar fisicamente, as dores, a invasão, o constrangimento, os riscos, são imensuráveis no que diz respeito a sofrimento e desconforto em aspectos físicos, emocionais e psíquicos. E em segundo plano, as inúmeras consequências negativas para os familiares da mulher obrigada a gestar.

Na obra Sociologia do Corpo, David Le Breton afirma:

“O corpo parece explicar-se a si mesmo, mas nada é mais enganoso. O corpo é socialmente construído, tanto nas suas ações sobre a cena coletiva quanto nas teorias que explicam o seu funcionamento ou nas relações que mantem com o homem que

encarna (...). Assim, o corpo não é somente uma coleção de órgãos arranjados segundo leis da anatomia e da fisiologia. É, em primeiro lugar, uma estrutura simbólica, superfície de projeção passível de unir as mais variadas formas culturais”

Não obstante pensarmos no corpo como algo único e individual, devemos refletir sobre o quão nocivo tornou-se a manutenção das distinções entre homem e mulher por questões de gênero, obrigando esta última a arcar com responsabilidades aquém dos princípios da igualdade e da liberdade, por interpretações culturais influências por uma moral cristã ultrapassada e não laica.

As mulheres tem sua história marcada pelas escolhas que precedem ao seu nascimento, visto a sociedade culturalmente masculina ditar a forma de vida estabelecida, ordenada e programada para elas (BEAUVOIR, 1980).

O poder simbólico (BOURDIEU, 1989) é invisível, e a limitação do espaço da mulher, neste caso é simbólica, pois ela já é tão estabelecida como natural pela igreja, nas escolas, nas famílias, que a mulher já cresce seguindo essas regras de opressão impostas à sua própria condição existencial sem capacidade de qualquer análise crítica.

O que torna desafiador reconhecer e refletir sobre as imposições já postas e estabelecidas como *normais* ou *naturais*. Romper com essa construção da realidade quase que imperceptível, mágica. Sutil e tão determinante para criar regras e estabelecer lugares, formatos e espaços divididos por classes.

Galgar espaço na sociedade têm sido a grande batalha, passando desde as sulfragistas, ao anticoncepcional, o direito de trabalhar fora de casa e fazer escolhas, possibilitando à mulher espaços diversos às atividades restritas ao lar.

É sabido que a competição começou a ficar mais próxima entre homens e mulheres a partir do acesso destas à educação acadêmica, aumentando a qualificação e gerando mais renda para o sustento próprio e do lar. Este fato diminuiu a dependência da mulher e aumentou o número de divórcios (BOURDIEU, 1989).

No Brasil, em 1985 foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o que assegurou diversos direitos básicos da mulher, que, apesar de ter garantida



na Constituição Federal de 1988 a igualdade, sabe-se que no dia a dia existe um sem número de agravantes e descumprimento diários, do que lhes é garantido por lei.

“As mulheres precisam da liberdade de tomar decisões relativas à reprodução não apenas para reivindicar o direito de serem deixadas em paz, mas sim, na maior parte das vezes, para fortalecer os laços que as unem aos demais: para planejar responsavelmente uma família cujo sustento possam prover, para dar conta de seus compromissos profissionais assumidos com o mundo exterior, ou para continuar a sustentar suas famílias ou comunidades. Em outros momentos, a necessidade de abortar se impõe não a partir de um impulso assassino de por fim a uma vida, mas da dura realidade de um parceiro financeiramente irresponsável, uma sociedade indiferente aos cuidados com os filhos e um ambiente de trabalho incapaz de atender às necessidades dos pais que trabalham [...] Seja qual for a razão, a decisão de abortar é quase invariavelmente tomada no contexto de uma rede de responsabilidades e compromissos interligados, conflitantes e, em geral, irreconciliáveis.” (DWORKIN, 2009)

Para além da sobrecarga de gestar e ser diretamente responsável – desde o aleitamento e os cuidados maternos – pelo bem estar do nascituro, a mulher é impelida a decidir financeiramente, estruturalmente sobre a vida e futuro dos filhos já existentes e a impossibilidade de conciliar tempo, dinheiro e estrutura para mais um. E a ausência de políticas públicas para cumprir os direitos previstos na constituição, além de punir somente à mulher em responsabilizar-la – a impede legalmente de decidir por não conseguir lidar com tal fardo.

É sabido que ao completar quarenta anos, mais de uma em cada cinco mulheres já fez um aborto. O número é muito significativo e em razão da criminalização, a morte ou diversos problemas que levam ao falecimento de milhares de mulheres por ano no Brasil, por situação de abortos clandestinos ou em consequência deles (DINIZ; 2010), torna a questão de saúde pública emergencial. O Estado não pode ser omissor, passivo e conivente com estas mortes.

Em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, habeas corpus 124.306 do Rio de Janeiro, acalorou-se debate em razão do voto do Ministro Luís Roberto Barroso ao proferir voto a favor da descriminalização do aborto, enfrentando a questão de saúde pública que as mulheres experimentam no Brasil de hoje,

compreendendo em sua decisão que o aborto até o terceiro mês de gestação não é crime. E alega: “Por meio da criminalização, o Estado retira da mulher a possibilidade de submissão a um procedimento médico seguro”.

## **OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O direito estabelece expectativas de comportamento, veda, criminaliza e regula condutas. Isso não pode ser neutro. Igualdade é direito a diferença. É importante nos colocar no lugar do outro, ter empatia para tentar entender e pensar nas formas de proceder. O grande entrave é percebido quando direitos fundamentais são problematizados e revelam muitos preconceitos da sociedade. (CARVALHO NETTO, 2011).

Pretendemos contribuir com a redução do elevadíssimo número de mortes de mulheres, marginalizadas pelo judiciário, pela sociedade e por suas famílias, ao se depararem com a situação de necessidade de realização do aborto. A busca pela igualdade não requer reflexão e sim mudança nas relações entre a vida e o direito (MACKINNON, 1989).

Percebe-se a necessidade de dar à mulher autonomia sobre seu corpo, para que possa, por meio da autodeterminação, usufruir de sua escolha moral decidir se pode ou não levar a diante uma gravidez, com saúde, dignidade e segurança.

Em uma interseção entre o direito civil e o direito constitucional, será feita análise do princípio da igualdade na dicotomia homem e mulher no tratamento dispensado pelo Estado em suas diversas áreas de atuação. A jurisprudência brasileira, pautada em julgamentos morais e religiosos, recua quando já deveria ter avançado a respeito da legalização do aborto, que trará maior autonomia da mulher sobre seu corpo, proteção à saúde e consequentemente, liberdade e igualdade para a tomada de decisões.

É um equívoco decisões pautadas em princípios morais, em uma moralização da sociedade de maneira simplória. No direito deve haver regras e estratégias jurídicas, sendo as regras aplicadas a maneira do tudo-ou-nada e os princípios analisados de acordo com a dimensão do peso ou importância no caso concreto (DWORKIN, 2011).

A mulher que aborta, não o faz porquê quer, simplesmente. Ela o faz por ser a única forma de não aumentar a família de famintos. Porque não tem como cuidar. Não há meios de subsistência para toda a prole ou ainda, sua saúde não permite que ofereça todos os cuidados que uma criança requer.

É cediço lembrar que a Constituição tem por obrigação a proteção da família e segundo pesquisas realizadas, a maioria das mulheres que abortam hoje no Brasil, já são mães e casadas (DINIZ, 2010). Esse caminho, é da culpabilização por uma situação em que, em verdade, a mulher é a vítima, colocando em risco a provedora (em grande maioria dos lares, hoje no Brasil).

## **CONCLUSÃO**

Pressuposto que as leis são escritas com base nos costumes da sociedade, e a postura feminina hoje reflete a dominação masculina, podemos afirmar que existe uma dominação institucionalizada.

Uma vez imbuída da decisão de abortar, deverá então o Estado reconhecê-la como legítima para respaldo de garantias e preservação da integridade física, psíquica e moral, pensando numa justiça inclusiva e abrangente, sem marginalização pautada em religião, patriarcado ou desigualdade.

Percebemos que o valor atribuído aos corpos, à vida e consequência disso, a proibição do aborto, dá-se em consequência da cultura, das crenças reproduzidas. O desafio está em desconstruir o que está posto, repensar e emancipar o pensamento para uma visão coletiva e generosa.

Na perspectiva de igualdade de Dworkin, na ideia do Estado prover a todos igual chance de competir, igualdade antes dos fatos e acontecimentos – como nos exemplos citados – em comparação com os pleitos judiciais de criminalização do aborto, seria justo que a lei previsse a escolha de cada uma, individualmente. Deixaria, portanto, o Estado de intervir a esfera privada da vida de cada cidadã, participando como protetor de suas escolhas e guardião das regras de responsabilidades.

É necessária a aproximação do diálogo entre as políticas públicas a serem aplicadas e a sociedade, as mulheres e os representantes do governo para um

diálogo sobre a implantação de medidas que protejam as mulheres em situações de risco, com a liberdade individual garantida para as mulheres se sentirem seguras de dispor de escolhas sobre seus corpos, como melhor lhe convir na situação em que vivem, garantido apoio psicológico e atendimento médico.

Uma visão moral da questão constitucional do aborto não possui fundamentos teóricos, mas somente apoio no patriarcado e na religiosidade. Esta prática, enquanto costume, torna-se ameaça ao Estado Democrático de Direito cuja premissa é garantir o cumprimento de seus princípios, especificamente da igualdade e da liberdade.

A abertura do Poder Judiciário ao tema vem travada e lenta. Quando uma decisão foi favorável ao reconhecimento de que o corpo da mulher não está a serviço do Estado, todas as demais proíbem a autonomia para decidir sobre o próprio corpo.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*, v.I, II. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 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 19 de janeiro de 2017.

CARVALHO NETTO, Menelick de ;SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (In)Certeza do Direito A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. v. 1. 167p .

DINIZ, Debora. *Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna*. 2010.

DWORKIN, Domínio da Vida. *Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 2ª edição. 2ª tiragem. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. WMF Martins Fontes. 2016.

\_\_\_\_ Justice for Hedgehogs. Havard University Press, 2011.

\_\_\_\_ O Império do Direito. Tradução: Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Tradução: Ciro Mioranza. 2 edição. Editora Escala, 2006.

HABERMAS, Jorgen. The Concept of Human Dignity and the realistic utopia of human rights. Metaphilosophy. Volume 41, Issue 4, p. 464-480. 2010. Tradução: Menelick de Carvalho Netto.

LE BRETON, David. A sociologia do corpo. 3 edição. Rio de Janeiro. Vozes, 2010.

MACKINNON, Catharine A. Hacia una teoria feminista del derecho. Toward a feminist theory of the state, 1989- Cambridge, Mass: Harvard University Press. Reproducido con autorización de la autora por Mariella Dentone - Universidad de Chile.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Direito ao aborto, democracia e constituição. Curitiba: Juruá, 2016.

Referências em rede

<http://xpolitics.org/ptbr/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/Marcha-das-Mulheres-Washington-2017.pdf>

<http://anis.org.br/>

<https://www.guttmacher.org/fact-sheet/induced-abortion-worldwide>

[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625\\_eng.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf)  
NOTA:

[1] DWORKIN, Ronald. Talking rights seriously. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977/1978. P.273-4. Teresinha Inês Teles Pires explica que não se pode perder o foco na precedência que Dworkin confere ao princípio da igual consideração na estrutura do seu pensamento moral e político. A categoria da igualdade é central no pensamento de Dworkin, como um todo. O

reconhecimento dos direitos de liberdade é necessário por se tratar de uma exigência do direito à igual consideração. Nesse sentido, a passagem da esfera da ética e da moralidade pessoal par a esfera da moralidade política é conceptualmente sedimentada através da análise das obrigações morais do indivíduo para com os interesses dos outros na dimensão coletiva, ou seja, no que se refere às suas obrigações políticas.



## O NEOPROCESSUALISMO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA FASE RECURSAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**GABRIELA FRAZÃO DE SOUZA:**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Analista do Ministério Público do Trabalho da 8ª Região. Chefe da Assessoria Jurídica do 4º Ofício Geral da PRT da 8ª Região.

**Resumo:** O presente artigo trata da influência do neoprocessualismo na elaboração do Novo Código de Processo Civil brasileiro, em que se valorizam os direitos fundamentais, as garantias e os princípios processuais constitucionais, ao tratar o Processo Civil como instrumento para realização do interesse público, um verdadeiro Direito Constitucional aplicado, abolindo o formalismo excessivo. Ademais, adota-se a diretriz metodológica de que o processo deve ser justo, célere, efetivo e equânime, em especial quando se trata da fase recursal, a qual é, atualmente, alvo de ferrenhas críticas. Enfatiza-se a necessidade de reformulação e de simplificação do procedimento recursal, por meio da análise das modificações que serão introduzidas no ordenamento jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Neoprocessualismo. Novo Código de Processo Civil. Recursos.

**Abstract:** *This article deals with the influence of neo processualism on the New Brazilian Civil Procedure Code, in which are prized the fundamental rights, the guarantees and the procedural constitutional principles, by treating the Civil Procedure as an instrument for achieving the public interest, as a true constitutional law applied to abolishing the excessive formalism. Moreover, the methodological guideline is that the process must be fair, speedy, effective and equitable, especially when it comes to the appellate stage, which is currently the target of fierce criticism nowadays. It emphasizes the need to redesign and simplify the appellate procedure, by analyzing the changes that will be introduced in the national laws.*

**Keywords:** *Processo Civil. Neo processualism. New Civil Procedure Code. Appellate stage*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução: A Crise do judiciário. 2 A Evolução do Processo Civil: O Neoprocessualismo. 3 As Influências no Neoprocessualismo no Novo Código de Processo Civil: A (Des) Necessidade de um NCPC. 4 O Sistema Recursal no Novo CPC 5 Considerações Finais. 6 Referências Bibliográficas.

---

## **1 Introdução: A crise do Judiciário**

A busca de um sistema processual mais célere, acessível e efetivo não é atual. Isso porque, a propagada crise do Judiciário não fica adstrita ao paradigma jurídico moderno, prolonga-se ao longo de toda a história dessa Instituição estatal e se consubstancia no desequilíbrio existente entre o elevado número de postulações formuladas em Juízo e a irrisória quantidade de julgados proferidos, o que prejudica o adequado trâmite processual, bem como a efetiva prestação jurisdicional.

Tal conjuntura deve ser analisada a partir de um viés histórico e social, em que a evolução das medidas técnico-jurídicas para combater a crise que permeia o Poder Judiciário ao longo dos anos, é um reflexo das forças sociais movidas durante a história do Sistema Processual brasileiro.

A definição de crise não se restringe ao âmbito jurídico, ela é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento, cite-se: as ciências sociais, que entendem que ela surge quando a própria estrutura sistêmica não permite possibilidades idôneas para que se contorne problemas internos ou externos existentes e; as ciências biológicas, como a medicina que concebe a crise de uma maneira sistêmica e mecânica, em que ela é um reflexo de uma “patologia”, traduzindo uma ideia de perecimento.<sup>[1]</sup>

Doutrinadores, íclitos juristas, operadores do Direito apontam enfaticamente a crise enfrentada pela prestação jurisdicional estatal, suas obras retratam a crise e a rechaçam de forma enérgica, ao criticar a atual conjuntura brasileira. São raros, entretanto, os estudiosos que apontam solução para os problemas enfrentados.

Não se pode contentar com o atual panorama jurídico, a crise desempenha, sem dúvida, um papel fundamental para a Modernidade, afinal são com os erros que levaram a ela que se aprende, mas não se deve persistir nos mesmos.

Afinal, a crise enfrentada não atinge somente os litigantes que recorrem aos órgãos judiciais, a eficácia de suas decisões e a aplicabilidade de seus julgamentos, afeta, outrossim, a própria carga valorativa do Judiciário, enquanto Instituição estatal, gerando descrença na sua prestação, e perda da confiança depositada nesse Poder, enquanto mantenedor da Justiça.

Com vistas a reverter tal conjuntura, foi nomeada pelo Senado Federal, em setembro de 2009, uma comissão de juristas com a incumbência de elaborar o anteprojeto do novo Código do Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, à época integrante do Superior Tribunal de Justiça[2], o qual foi publicado em 16 de março de 2015 (Lei nº 13.105), com a entrada em vigor em 18 de março de 2018.

O Novo CPC almejou a adequação do modelo processual civil com os objetivos do Estado Democrático de Direito, a partir das diretrizes traçadas na Constituição da República Federativa do Brasil e da efetivação prática dos primados legais e constitucionais. Diante de tal quadro metodológico utilizado pela Comissão, é necessário analisar o contexto em que está imersa a elaboração do Novo Código de Processo Civil brasileiro, bem como a carga axiológica e procedimental que guiou a feitura do digesto processual civilista.

## **2 A Evolução do Processo Civil: O Neoprocessualismo**

O Sistema processual civil ao longo da História vivenciou fases metodológicas distintas, em que em uma linha evolutiva, novas ideias surgiam e eram consideradas um avanço, mas que com as alterações sociais frequentes se tornavam rapidamente anacrônicas e descontextualizadas dos anseios dos jurisdicionados, o que fazia com que tais modelos fossem, na verdade, “apenas um movimento circular, uma [...] guinada de 360 graus”[3].

Nesse sentido, as principais fases são: o praxismo (sincretismo), o autonomismo (processualismo), o instrumentalismo e, atualmente, o neoprocessualismo.

Em um primeiro momento, no praxismo, a ação era um direito material em movimento, em que a relação processual se confundia com a própria relação material. Já no autonomismo, em uma concepção diametralmente oposta a do sincretismo, o direito processual passou a ser analisado cientificamente de forma autônoma, em que o processo era um fim em si mesmo. Por sua vez, na fase do instrumentalismo, o processo era entendido como um instrumento de realização do direito material, a serviço da paz social, uma verdadeira relação circular de interdependência, em que o direito processual concretiza e efetiva o direito material, o qual, por seu turno, confere ao primeiro o seu sentido.

Diante de tal contexto evolutivo e a partir da influência do neoconstitucionalismo, começaram as primeiras vozes no mundo jurídico a defender um processo voltado à realização dos direitos fundamentais consubstanciados na Lei Maior brasileira.

Nesse sentido, são as sábias palavras de Álvaro de Oliveira<sup>[4]</sup>:

[...]Se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe -se considerá-lo como direito constitucional aplicado.

Nesse novo paradigma procedimental que vem sendo traçado no sistema processual civil brasileiro, a lei puramente interpretada deixa de ser o que prepondera nas decisões dos órgãos do Poder Judiciário, em um contexto em que o Direito e o ornamento jurídico ao serem analisados em sentido global ganham relevo, a partir de algumas mudanças fundamentais, como: princípios ao invés de regras, ponderação ao invés de subsunção, Constituição ao invés de lei<sup>[5]</sup>.

A lei não mais vale por si só, deve ser interpretada de acordo com a Constituição e, precipuamente, em conformidade com os direitos fundamentais.

Para que se tenha uma escorreita compreensão do que representa a ordem jurídica justa faz-se imprescindível ponderar as garantias constitucionais e os princípios fundamentais aplicáveis ao processo. Dessa forma, a designação de acesso à Justiça não pode ficar adstrito ao significado de mera possibilidade de apresentação de um processo ou de ingresso de um pleito em Juízo, deve ser, sim, interpretado de uma maneira extensiva, com o escopo de não retirar toda a magnitude de sentido que lhe é própria:

[...]compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado *direito fundamental ao processo justo*.<sup>[6]</sup>

A adequada prestação jurisdicional, portanto, pressupõe a universalização de acesso à Justiça, no plano normativo processual, bem como sua tutela no plano material da administração da justiça, com o adequado comportamento do magistrado que com discrição, firmeza e o indispensável conhecimento da lei e do processo deve julgar as lides. Virtudes essas raras em um terreno contaminado por intrigas em que vicejam nulidades, egos inflados e o descaso com os jurisdicionados.

Isso porque, nas palavras do processualista Luiz Guilherme Marinoni<sup>[7]</sup>: “[...] é preciso pensar na relação entre o direito fundamental à tutela jurisdicional e o ‘modo de ser’ da jurisdição, ou melhor, entre o direito fundamental processual

do particular e a capacidade de o Estado efetivamente prestar a tutela jurisdicional.”

Esse “modo de ser” da jurisdição é o que permite que esse instituto processual influencie na própria atividade prestacional, e na mudança de paradigma do Processo Civil. Não é suficiente que a jurisdição esteja conforme a Constituição, é necessário também que o juiz disponha de meios executivos para efetivação da prestação da tutela jurisdicional, afinal sem essa possibilidade, o Poder Judiciário não poderia disponibilizar a esmerada proteção dos direitos fundamentais.

A tutela jurisdicional um direito fundamental (art. 5º, XXXV da CF/88), que deve ser prestado de modo efetivo, célere e adequado (art. 5º, LXXVIII da CF/88), há uma vinculação do legislador, do administrador e do juiz, pois os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, constituindo um conjunto de valores básicos e diretivos da ação positiva do Estado.<sup>[8]</sup>

Nesse diapasão, as normas constitucionais, bem como todas as demais normas possuem como atributo a imperatividade, e por isso não traduzem sugestões, recomendações ou conselhos, e sim pressupõem comandos a serem seguidos por todos, e uma vez violados “abrem-se as portas do Judiciário” para a reparação. Sendo assim, o ordenamento jurídico deve prover meios tanto no sistema constitucional, quanto infraconstitucional para que o direito ou o bem jurídico tutelado seja reparado e disponibilizado ao seu titular de direito.

Consubstanciadas nessa realidade inúmeras ações são ajuizadas. Na maioria delas, ao contrário do que usualmente se acredita, ocorre um desvirtuamento da utilização dos instrumentos processuais previstos em lei e que se encontram à disposição da sociedade. Muitas vezes, por falta de informação, ou melhor dizendo, de comprometimento do operador do direito com a função que deve ser exercida: a proteção de direitos.

O direito processual moderno rompe com o tradicional sistema do processo. Este, por imposição de seu próprio modo de ser tende ao isolamento, alienado dos anseios da sociedade, da realidade do homem, o que contribui para a descrença na justiça e dos resultados práticos por ele proporcionados. Aquele,



pelo contrário, encontra-se imerso em um universo axiológico da sociedade por ele representada, o que abandona o caráter puramente técnico e objetivo do processo. Eis que surge a um processo orientado, sim, pelo formalismo, mas não o excessivo, ele agora é voltado à boa-fé e à lealdade processual, é o que Álvaro de Oliveira denomina de formalismo ético ou valorativo[9]. Os direitos fundamentais, como cediço, influenciam todo o ordenamento jurídico pátrio, ao servir de orientação para as atividades desenvolvidas por todos os Poderes constituídos.

E é nessa conjuntura que o Código de Processo Civil de 1973 se encontra configurado, afinal:

Tornou-se inevitável a revisão do sistema jurídico-processual, com a mudança da perspectiva de seus escopos e a criação de novas técnicas para tanto eficientes, dando vida às denominadas ondas renovatórias, movimentos direcionados ao acesso efetivo à justiça e caracterizados, cronologicamente, pela assistência judiciária aos necessitados, pela representação dos interesses supra-individuais, pela necessidade de reformas estruturais, orgânicas e funcionais no conjunto geral de instituições judiciárias, nos mecanismos idôneos à obtenção de provimentos jurisdicionais e no direito material, culminando, agora, com os esforços de implementação de técnicas e instrumentos adequados à obtenção de tutela jurisdicional efetiva[10].

Hoje, é necessária uma tutela constitucional do processo, com o escopo de que os institutos e instrumentos processuais sejam correlatos à promoção da ordem constitucional, de seus princípios, garantias e direitos fundamentais materiais e processuais. Prega-se a Jurisdição Constitucional. Qual seria a valia dos direitos fundamentais, se não dispusessem de aplicabilidade imediata? Sem dúvida, não passariam de vagas promessas[11].

Trata-se desigualmente os desiguais, conforme suas desigualdades, com vistas a assegurar um dos princípios constitucionais do processo: a paridade

das armas dos litigantes. O Direito deve ser entendido como um instrumento de transformação social.

Isso porque, “os direitos foram assegurados, ou seja, formalmente existiam, porém, isso não é o suficiente. Devem ser materialmente concretizados. Busca-se a melhor forma de interpretá-lo ou digeri-lo”<sup>[12]</sup>.

Sendo assim, não se pode conceber uma simples criação de medidas jurídicas para que se mitigue os efeitos da crise do Judiciário. Faz-se imprescindível uma mudança de pensamento dos próprios operadores do Direito. Ressalte-se que tanto o excesso de demanda se comparado com a quantidade de julgamento proferidos, tanto a qualidade das decisões prolatadas não são a causa da crise, e sim consequências dela.

É notória a preocupação do Novo Código de Processo Civil em adequá-lo à nova ótica do sistema processual, mais voltada para a concretização dos direitos fundamentais consubstanciados na Lei Maior, ao sistematizá-lo a partir dos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais atuais.

### **3 As Influências no Neoprocessualismo no Novo Código de Processo Civil: A (Des) Necessidade de um NCPC**

O mundo jurídico não acompanha na mesma velocidade os avanços das relações interpessoais, que são cada vez mais complexas. A crise permeia a modernidade, e o Direito não deve ser interpretado de uma forma descontextualizada da sociedade, afinal seu objeto de estudo está em constante modificação.

Diante de tal conjuntura, o atual Código de Processo Civil de 1973, para adequar o ordenamento jurídico aos anseios sociais e aos novos litígios apresentados ao Poder Judiciário, sofreu várias reformas pontuais ao longo dos anos, o que fez com que o digesto processual civilista perdesse sua sistematicidade, e, até mesmo, gerou conflitos entre alguns dispositivos legais, passando a ser considerado por muitos doutrinadores como uma verdadeira “colcha de retalhos”.

O processo deve ser guiado a partir de pensamentos contemporâneos, com vistas a construir uma sociedade livre, justa e igualitária, o que, aliás, é um

dos objetivos fundamentais da República Federativa brasileira, previsto constitucionalmente, deixando para trás resquícios do modelo individualista<sup>[13]</sup>perpetuado durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, com fortes influências do pensamento iluminista que o inspirou.

Apesar das numerosas críticas dirigidas ao Novo Código, em especial, a de que ele não traz grandes modificações ao ordenamento jurídico, sendo sua única função na realidade sistematizar o atual CPC, ele é, sem dúvida, a materialização do avanço de pensamento voltado aos direitos fundamentais aplicados ao Sistema Processual Civil.

Não obstante o objetivo precípua do presente artigo ser o de analisar, a partir de um viés teórico-prático a influência do neoprocessualismo no novel Código Processual Civil, não se pode deixar de registrar a crítica de que o NCPC, na realidade, não traz nenhuma visão inovadora, que rompe com paradigmas, e sim apenas “passa para o papel” o que já se encontrava consubstanciado na Lei Maior brasileira. Os princípios constitucionais e as garantias fundamentais aplicáveis ao processo já se encontram previstos na Constituição, contudo ainda eram pouco utilizados pelos Poderes Constituídos estatais, isso se deve à cultura positivista arraigada que ainda permeia o pensamento no mundo jurídico que necessita que um princípio esteja necessariamente expresso em lei para ser aplicado.

E não só isso. Além de o Estado não aplicar os direitos fundamentais como norte de suas atividades é ele quem ocupa, na grande maioria das demandas, o polo passivo, sendo a tão difundida ausência de vontade política um verdadeiro empecilho, em virtude de que o Poder Público, além de não colaborar para a eliminação dos obstáculos que atrasam a justiça, cria novos. Cite-se como exemplo a Previdência Social, que é uma “cliente contínua” dos tribunais que se utiliza de recursos protelatórios, enfrentando decisões de questões já consolidadas em vários litígios e em diversos tribunais. Não bastando isso, mesmo tendo certeza da derrota, leva o litígio até o Supremo, para obter a mesma resposta que lhe foi fornecida na Primeira Instância.

Ressalte-se, ainda, que o aumento populacional, a conscientização por parte dos cidadãos de seus direitos, além da evolução tecnológica, tudo isto concorreu para a procura da justiça em uma escala, sem precedentes.

Essas causas, contudo, não são determinantes, em virtude de que o Judiciário encontra-se imerso no mundo social, e já deveria ter se adequado aos aspectos problemáticos que atingem a população. Mesmo percebendo o número crescente de demandas o Judiciário não se aparelhou de uma forma eficiente e satisfatória.

Sendo assim a crise é produto de um Judiciário que tem uma estrutura orgânico-administrativa anacrônica e regulamentada por procedimentos de elevado grau burocrático que não acompanham as mudanças que ocorrem constantemente na sociedade.

Atribuir a Crise do Judiciário a fatores unicamente externos é querer retirar um problema que ocorre internamente para fatores alheios a ele. As leis, sem dúvida, não acompanham a dinâmica social, mas não é unicamente por isso que o Judiciário não consegue responder de maneira satisfatória as demandas que lhe são apresentadas.

A adequação do modelo processual ao previsto do texto constitucional não deve ficar adstrita ao plano teórico, impondo ao operador do Direito a adoção de novas posturas na prática do processo, ao valorizar direitos e garantias processuais, para que não se permita nenhuma forma de retrocesso jurídico, nem mesmo que se recaia nos mesmos erros que ferem os valores democráticos e maculam os interesses da sociedade.

O formalismo é fundamental para que o processo se organize, é um elemento que fundamenta a segurança do processo, evitando arbitrariedades, contudo foi se desvirtuando ao longo de décadas, desgastou-se e passou a simbolizar um formalismo excessivo. Somente deveria ser considerado, porém, como um elemento disciplinador, uma diretriz a ser seguida, voltada a um bem maior: o da realização da Justiça material da decisão. Não se pode, em hipótese alguma, admitir que o rito processual se aloque em um patamar superior, afastando-se de sua substância.

No direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, seu caráter finalístico é evidente; finalismo esse que não pode ser voltado para si, pois inexiste finalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição. Visa-se atingir a um processo equânime, peculiar do Estado

democrático de direito, que sirva à ideia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material<sup>[14]</sup>.

O novo Código buscando combater o formalismo excessivo que permeia o atual sistema processual, já em seus primeiros artigos demonstra a diretriz principiológica, bem como um novo paradigma metodológico a ser observado pelos juristas, devendo-se utilizar um viés interpretativo baseado na equidade, em que o processo é um meio garantidor dos direitos fundamentais.

É previsto, ainda, no novo CPC que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Com uma clara influência neoprocessual o novo Código de Processo Civil é orientado, assegurando princípios, como o da isonomia material e da cooperação entre os litigantes, trazendo à tona a preocupação do legislador contemporâneo: um ordenamento jurídico justo, em conformidade com os valores constitucionais.

O processo, afinal, não busca apenas atender ao interesse das partes, e sim a um interesse mais abrangente: o interesse público. Em sua substância demonstra que é voltado para a justa solução dos conflitos que venham a surgir a partir das relações sociais, chegando ao conhecimento do Poder Judiciário.

Não pode conceber a garantia ao acesso a Justiça e ao justo processo apenas como um único ato processual, e sim como vários atos processuais concatenados, os quais se iniciam a partir da propositura da ação.

Isso porque, é ela "o mais fundamental de todos os direitos, já que é imprescindível à efetiva concreção de todos eles"<sup>[15]</sup>. É uma das formas de expressão dos valores do Estado Democrático, na medida em que retira do particular a faculdade de exercer arbitrariamente as próprias razões, e transfere ao Judiciário, enquanto Poder Público, a decisão de litígios entre os indivíduos. E não só isso. Tem como escopo também o adequado desenvolvimento do processo, admitindo o contraditório, a ampla defesa, a prolação de uma sentença condizente

com o que está presente nos autos, dentre outros, garantindo-se, assim, a efetiva participação do jurisdicionado.

Para se garantir a mais ampla participação dos cidadãos no processo e, por conseguinte, na sociedade, ressaltando a cidadania ativa, advoga-se, aqui, pela retirada dos empecilhos que obstaculizam o exercício da ação. "Até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter"[16].

Ocorre que, ao longo dos tempos, eclodiram obstáculos que levaram à discussão do acesso à justiça, dentre eles: a demora do processo. Tal empecilho é colocado no centro das preocupações quando se trata, em especial, da fase recursal.

#### **4 O Sistema Recursal no Novo CPC**

"O tempo é, antes de tudo, um problema da jurisdição, que por esse motivo deve zelar para que o réu não abuse do seu direito de defesa ou pratique atos objetivando a protelação dos feitos."[17]

Afinal, segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves[18]:

É inegável que muitas pessoas deixem de recorrer a ele [Poder Judiciário], preferindo deixar insatisfeitas as suas pretensões e contida sua litigiosidade, diante do temor de demandas judiciais intermináveis, que podem consumir o tempo, as economias e a boa vontade dos demandantes.

A distribuição do ônus e prejuízos advindos do decurso do tempo não é, em regra, igualitária no processo. É o autor normalmente quem fica prejudicado com a demora do processo, é ele que não pode ter sua pretensão apreciada e satisfeita em curto decurso temporal.

É notório, outrossim, que muitos réus se utilizam da morosidade da justiça, com o intuito de minorar a resistência do demandante, fazendo-os ceder à tentação de ter sua pretensão alcançada rapidamente ainda que sem ser de maneira satisfatória, são exemplos: a aceitação de acordos desfavoráveis e a renúncia à busca à tutela jurisdicional.



Inclusive o próprio Estado, enquanto réu, utiliza-se da morosidade da justiça, para propósitos arbitrários e protelatórios. Embora a tempestividade constitua dever do poder Público, ela nem sempre é a vontade do governante, e pode até mesmo tornar-se uma estratégia política.

Um dos principais “vilões” apontados pela doutrina processualista, como fonte do trâmite vagaroso é o manejo de inúmeros recursos por parte de advogados, bem como a particular complexidade dessa fase.

Em resposta a esse quadro, e para combater a difundida crise do Sistema Judiciário, várias medidas foram adotadas ao longo das últimas décadas, concedendo-lhe maior celeridade e efetividade.

A crise do Sistema Judiciário brasileiro não é atual e foi percebida primeiramente no Supremo Tribunal Federal (STF), sendo ele o órgão precursor na adoção de medidas para eliminar a crise. Fixou-se ao longo do tempo, por exemplo: um número mínimo de julgamentos por seção, foram criadas as Justiças especializadas (Eleitoral, Militar e os primórdios da Justiça Trabalhista), além de ter sido o recurso extraordinário disciplinado pela Constituição de 1934. Mecanismos para diminuir a quantidade de feitos na Suprema Corte continuarem a ser criados ao longo dos anos, sendo as reformas mais significativas a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a inserção do controle concentrado de constitucionalidade.

Por meio de dados quantitativos Flávio Pedron<sup>[19]</sup> demonstra que em 1988, ano de promulgação da Constituição Federal, a “patologia” não se encontrava restrita ao âmbito do STF, e sim refletia em toda a estrutura do Judiciário, citando como exemplos o excesso de demandas não julgadas pelo STJ e pelo Tribunal Superior do Trabalho. Desta feita, foram necessárias novas técnicas jurídicas, para tanto foi editada a Emenda Constitucional n. 45/2004 que trouxe em seu bojo as súmulas com efeito vinculante e a repercussão geral em sede de recurso extraordinário.

Normalmente, os doutrinadores relacionam a crise ao desequilíbrio alarmante entre a quantidade de demandas propostas e ao número irrisório de pleitos julgados. Não se pode restringir, contudo, a abrangência da crise somente

à diferença entre esses números, ela é alarmante, indubitavelmente, porém é só uma face da crise, somente a esfera quantitativa.

Isso porque há, outrossim, uma face qualitativa. Essa se consubstancia não em números, e sim na qualidade da prestação jurisdicional realizada pelos órgãos que compõem o Poder Judiciário brasileiro, na imprescindibilidade dos julgamentos judiciais, na interferência concreta de suas decisões na vida pública ou privada das pessoas, isto é, em uma necessária e adequada prestação, que se revela fundamental para a materialização dos direitos constitucionalmente previstos.

Os problemas atuais que assolam o mundo jurídico devem ser superados, caso assim não seja o Judiciário viverá um verdadeiro caos do século XXI. É impossível imaginar que a carga recursal de questões relevantes, por exemplo, ainda estivesse totalmente concentrada no Supremo Tribunal Federal, seria um “congestionamento” infindável de demandas lá estagnadas durante anos, décadas, um desrespeito ao adequado e célere trâmite processual.

Pedron ainda aborda a questão dos recursos e em sua visão “a ‘cura’ para [a incapacidade do próprio sistema jurídico de gerar respostas funcionais satisfatórias] não decorreria simplesmente de uma solução pragmática com vistas a reduzir de forma drástica o número de recursos julgados”<sup>[20]</sup>, parecendo ainda para ele equivocado considerar o aumento de volume do trabalho dos Tribunais Superiores como causa para a crise do Judiciário.

Nesse particular concordamos com tal posição, parcialmente. De fato, o aumento de objetos litigiosos que adentram a esfera recursal não são a causa da crise do Sistema Judiciário, mas não é por isso que deve persistir dessa maneira, afinal ela não é o motivo, não é o que leva à crise, mas é um reflexo dela que jamais poderá ser esquecido e deixado sem solução.

Sem dúvida o problema deve ser resolvido na base do sistema, deve ser realizada uma reforma social para que a demanda nem chegue a ser proposta na Primeira Instância, isto é, para que tantos processos previdenciários chegam ao Judiciário? É imprescindível um maior comprometimento dos poderes Executivo e Legislativo.

Todavia se isso não está sendo realizado, o Judiciário não pode quedar inerte. Como foi dito anteriormente, ele encontra-se imerso em um contexto social, em que várias demandas são perante ele propostas.

Não sendo superada, portanto, a primeira causa externa da crise (como, por exemplo, a falta de prestação das políticas públicas por partes do Poder Executivo, como ocorre com o direito à saúde), é necessária a adoção de uma postura interna mais atuante.

E é isso que vem ocorrendo, porém, timidamente. Apesar de ainda não ser possível uma simplificação nos processos que tramitam em primeiro grau de jurisdição, por ser farta e diversificada a matéria que ali é tratada, podem ser adotadas posturas, como uma melhora na infraestrutura, um aumento na qualidade e na quantidade de recursos humanos, além da prestação de informação ao jurisdicionado, para que se evitem erros na propositura da demanda, por exemplo.

Por outro lado, no segundo grau, é possível que se realize uma reforma de simplificação de procedimentos recursais, não sendo a solução uma drástica supressão de recursos, apenas uma redução do que se demonstra cotidianamente desnecessário e que contribui meramente para o prolongamento do processo. Nesse diapasão:

O exagero de recursos que o Poder Judiciário oferece permite que hoje um litigante na área cível, criminal ou demais, possa percorrer, em tese, cinco instâncias jurisdicionais antes de alcançar o julgamento definitivo da questão, podendo esperar até dez anos para ter concluso seu processo, fator que desestimula quem realmente precisa da justiça<sup>[21]</sup>.

Sendo assim, enquanto na primeira instância as demandas são muito diversificadas, em grau recursal existem muitas que são repetitivas, o que justifica a criação dos Recursos Repetitivos, da Súmula com efeito Vinculante e da Repercussão Geral em sede de Recurso Extraordinário na esfera de atuação do STF, bem como os incidentes de resolução de demanda repetitiva criado pelo Novo CPC.

Não se pode cogitar a extinção da fase recursal, mas a sua simplificação e reformulação é possível. Isso porque, uma dupla apreciação é necessária e justa, caso se faça necessária, porém quatro ou cinco estaria se afirmando o desprestígio das primeiras instâncias, gerando insegurança e a quebra da unidade jurisdicional e inutilidade dos procedimentos anteriores<sup>[22]</sup>.

O prolongamento infundável é desnecessário, e por isso deve ser realizada uma reforma no sistema recursal. A razoável duração do processo não deve ser entendida como um processo que deve ser resolvido em um ou dois anos de forma abstrata, e sim, como aquele que se desenvolve, isto é, se um processo passa dois anos parado em um setor da contadoria, depois de ter sido julgado por um juízo de cognição exauriente não é razoável, porém, por outro lado, se o processo encontra-se no Judiciário há quatro anos, porque questões incidentes estão sendo resolvidas ou provas estão sendo colhidas, isso sim, é razoável.

Para evitar o excesso de recursos e assegurar um trâmite processual mais célere, o Novo Código de Processo Civil trouxe significativas modificações, como, por exemplo:

A retirada do efeito suspensivo da apelação[...]. Além dessa, as alterações mais importantes promovidas pelo NCPC foram as relativas ao rol dos recursos (com a saída do agravo retido e dos embargos infringentes e previsão expressa do agravo interno), aos prazos recursais, aos procedimentos de alguns recursos e ao novo regime dos recursos excepcionais.<sup>[23]</sup>

Atualmente, são cabíveis os seguintes recursos: apelação, agravo retido e de instrumento, **embargos infringentes**, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Enquanto que no Novo Código de Processo Civil serão previstos: apelação, **agravo de instrumento, agravo interno**, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência.

O novo CPC inova ao prever *numerus clausus* as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento<sup>[24]</sup>, evitando práticas corriqueiras dos Tribunais em que os advogados, partindo do pressuposto de urgência e de que a

decisão interlocutória proferida pelo Juízo em Primeira Instância causaria ao seu cliente dano irreparável ou de difícil reparação, manejavam o agravo de instrumento ao invés do agravo retido. Quando o recurso interposto chegava à apreciação do relator no Tribunal, aquele era convertido em agravo na modalidade retida, o que contribuía para a demora da prestação jurisdicional, além do acúmulo de processos no órgão *ad quem*.

Ademais, o NCPC, atendendo às inúmeras críticas realizadas pelos processualistas, retirou a previsão dos embargos infringentes, haja vista que não fazia sentido manter um recurso sob o único fundamento de o acórdão não ter sido unânime. O Brasil, atualmente, é o único país cuja lei prevê um recurso contra decisão não unânime de tribunal. Com efeito, não há institutos similares aos embargos infringentes no Direito comparado, uma vez que mesmo Portugal, onde o recurso teve origem, há muito já o aboliu.

O foco contemporâneo é o de apaziguar os dissídios jurisprudenciais, principalmente, dentro dos tribunais superiores, o que pode ser facilmente retratado por meio da manutenção do recurso utilizado para uniformização da jurisprudência interna do STF e do STJ. Felipe Borring<sup>[25]</sup> afirma que da mesma forma ocorre com os mecanismos de julgamento dos recursos excepcionais, a determinação de velar pela jurisprudência do STF e dos tribunais superiores), os critérios para julgamento monocrático do relator, dentre outros, são exemplos da concepção de primazia da jurisprudência superior, em detrimento dos posicionamentos dos órgãos de instância ordinária.

Tal questão contemporânea em que os olhos estão voltados a uniformizar a jurisprudência e de mantê-la estável para que seja proporcionada uma maior segurança jurídica, pode ser observada quando o NCPC trata em uma seção própria somente da problemática do precedente judicial. Tal previsão permite que sejam observados os princípios da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, evitando que milhares de ações fiquem estagnadas no Judiciário. Evidenciando uma Justiça mais célere e equânime.

A inserção do agravo interno no rol de recursos não trouxe modificações procedimentais, servindo apenas como uma forma de padronizar o nome de tal instituto, que antes recebia várias designações<sup>[26]</sup> dependendo do Tribunal em que era utilizado.

Quanto à uniformização dos prazos em quinze dias úteis (exceto para os embargos de declaração que devem ser interpostos no prazo de cinco dias) para interposição de recurso, apesar de a princípio parecer que atenta contra a celeridade processual, é, na realidade, mais uma forma de simplificar o procedimento, evitando discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como no caso da dúvida qual prazo seria aplicado para verificar a tempestividade do recurso interposto incorretamente e que se utilizando o princípio da fungibilidade foi recebido como se correto o fosse.

Uma das principais modificações foi a correção de uma incoerência histórica e jurídica, que era a previsão de efeito suspensivo *ope legis* à apelação. Pelo NCPC a apelação, em regra, somente será recebida no efeito devolutivo, conforme previsão do seu art. 908, o qual dispõe que os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão, além disso, o efeito suspensivo somente será concedido pelo relator se ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Além das modificações expressamente previstas, espera-se que com as novas diretrizes traçadas, ocorra uma valorização dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais e das garantias processuais nas decisões prolatadas, que ocorra uma ponderação de valores, que relativizem o formalismo excessivo, ao relativizar algumas posturas esdrúxulas muitas vezes adotadas pelos juízes.

A inadmissão de recurso por estar ilegível um determinado carimbo ou certidão lavrada pela serventia, bem como a informação processual prestada de modo equivocado, por meio do sítio do Tribunal de Justiça, o que ocasiona o não recebimento do seu recurso, não podem ser comportamentos adotados no cotidiano do Judiciário, a partir desse novo paradigma procedimental, em que se deve banir do ordenamento jurídico, e, principalmente, da consciência dos juristas o apego ao formalismo excessivo.

O professor Haroldo Lourenço ao retratar que as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário devem valorizar o formalismo-valorativo traz à baila decisões do Superior Tribunal de Justiça, que já o utilizaram como fundamento<sup>[27]</sup>:

Exemplificativamente na hipótese de agravo de instrumento interposto via fax, perante o tribunal de



origem, sem as cópias que formam o instrumento, posteriormente apresentadas juntamente com o original, o STJ, aplicando o formalismo-valorativo, afirmou que, como a Lei nº 9.800/99 não disciplina nem o dever nem a faculdade do advogado, ao usar o protocolo via fac-símile, este deve transmitir, além da petição de

razões do recurso, cópia dos documentos que o instruem, a interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, agregando-lhe os princípios gerais do direito. Observado o motivo e a finalidade da referida lei, que devem ser preservados acima de tudo, vários foram os motivos apontados: (i) não houve prejuízo para a defesa do recorrido, porque só será intimado para contrarrazoar após a juntada dos originais aos autos; (ii) o recurso remetido por fac-símile deverá indicar o rol dos documentos que o acompanham, sendo vedado ao recorrente fazer qualquer alteração ao juntar os originais; (iii) evita-se um congestionamento no trabalho da secretaria dos gabinetes nos fóruns e tribunais, que terão de disponibilizar um funcionário para montar os autos do recurso, especialmente quando o recurso vier acompanhado de muitos documentos; (iv) evita-se discussão de disparidade de documentos enviados com documentos recebidos; (v) evita-se o congestionamento nos próprios aparelhos de fax disponíveis para recepção do protocolo; (vi) é vedado ao intérprete da lei editada para facilitar o acesso ao Judiciário fixar restrições, criar obstáculos, eleger modos que dificultem sua aplicação.

A mesma tendência metodológica pode, ainda, ser observada, no julgamento proferido pelo Egrégio STJ, o qual admitiu a interposição de Embargos de Declaração antes da publicação do acórdão, sendo que sua transcrição é de fundamental relevância, uma verdadeira síntese desse novo paradigma do Direito Constitucional aplicado ao processo:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. CONHECIMENTO. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO QUE NÃO PODE PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE DO PROCESSO. BOA-FÉ EXIGIDA DO ESTADO-JUIZ. DOUTRINA. RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO PLENÁRIO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E REJEITADO.1. **A doutrina moderna ressalta o advento da fase instrumentalista do Direito Processual, ante a necessidade de interpretar os seus institutos sempre do modo mais favorável ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CRFB) e à efetividade dos direitos materiais (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, n.º 137, p. 7-31, 2006; DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010).5ºXXXVCRFB**

2. **"A forma, se imposta rigidamente, sem dúvidas conduz ao perigo do arbítrio das leis, nos moldes do velho brocardo dura lex, sed lex" (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O Novo Processo Civil Brasileiro -Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 76).CPC**

3. As preclusões se destinam a permitir o regular e célere desenvolvimento do feito, por isso que não é possível penalizar a parte que age de boa-fé e contribui para o progresso da marcha processual com o não conhecimento do recurso, arriscando conferir o direito à parte que não faz jus em razão de um purismo formal injustificado.

**4. O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade**(COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. Trad. Miguel Carbonell. In: "Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho", nº 16, 2002).

5. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, sob o influxo do instrumentalismo, modificou a sua jurisprudência para permitir a comprovação posterior de tempestividade do Recurso Extraordinário, quando reconhecida a sua extemporaneidade em virtude de feriados locais ou de suspensão de expediente forense no Tribunal a quo (RE nº 626.358-AgR/MG, rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julg. 22/03/2012). [...] (101132 MA, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 24/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-099, publicado em 22/05/2012)

Ressalte-se que o do Novo Código de Processo Civil, apesar de ser louvável não se encontra isento de críticas, haja vista que perdeu a oportunidade de criar mecanismos coercitivos para combater a prática de interposição de recursos que se utilizam de protelações, com o intuito de desencorajar a parte oponente, a qual sente que é um sofrimento e um desgaste desnecessário prosseguir com o seu processo, já que dificilmente terá seu pleito decidido. Tais instrumentos poderiam consistir em uma multa mais rígida para coibir práticas protelatórias e uma postura mais ativa do magistrado para impedir e punir a litigância de má-fé.

Deixando de lado as críticas, o NCPC, é um avanço, ao prever que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, por

isso tal princípio deve ser observado em todo o procedimento, inclusive na fase recursal.

Desta feita, além da mudança procedimental que se operará na fase recursal, deve haver, outrossim, uma ruptura do atual paradigma metodológico adotado pelos Tribunais, em que as decisões devem ser adotadas a partir dessa nova diretriz processual, principalmente, no âmbito dos recursos.

Sem dúvida, tal mentalidade já está sendo difundida, contudo, timidamente, por isso com o Novo Código de Processo Civil almeja-se que o número de decisões prolatados com a observância dos princípios e garantias constitucionais processuais seja elevado, já que o Poder Judiciário brasileiro ainda está imerso, inegavelmente, em uma cultura positivista, que atua conforme o que está previsto em leis infraconstitucionais.

## **5 Considerações Finais**

A preocupação com o problema da celeridade processual não é atual. Ela permeia o mundo jurídico há décadas, contudo, não se deve permitir que atinja um grau insuportável de resistência, a ponto de causar angústia e insatisfação na população que depende do Poder Judiciário e que nele deposita sua confiança.

Com vistas a romper tal conjuntura, foi firmado um paradigma metodológico voltado à concretização dos princípios constitucionais, objetivando assegurar os direitos fundamentais consubstanciados em nossa Lei Maior. Eis que surge no Direito pátrio: o neoconstitucionalismo.

Influenciados por tal quadro jurídico, em que princípios devem ser ponderados com regras, os primeiros processualistas passaram a defender um Direito Processual Civil guiado para atender o interesse social e um rito procedimental voltado a efetivar na prática os direitos que já se encontravam formalmente previstos, é o que se entende por Neoprocessualismo.

Contudo, tal modificação na consciência dos juristas ainda era muito tímida, necessitando de uma alteração mais significativa para que as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais pudessem ser adotadas em conformidade com o norte processual de valorização de direitos fundamentais e das garantias

processuais constitucionalmente garantidas, abolindo o formalismo exacerbado e os comportamentos arbitrários.

E é nesse contexto que se insere a ótica utilizada pelo Novo Código de Processo Civil, cujo objetivo não foi somente o de reestruturar e sistematizar o atual Código. Ele foi além. Buscando adequar as normas processuais aos valores constitucionais, efetivando por meio do processo os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. O processo, nesse sentido, deve ser orientado pela ética, lealdade e boa-fé processual, em que se valoriza a isonomia entre os litigantes e um processo justo.

Apesar das críticas de que não revoluciona metodologicamente, e de que apenas positiva as ideias já consagradas na doutrina e na jurisprudência, a elaboração do do Novo Código de Processo Civil, é sem dúvida uma atitude louvável, com um valor simbólico, que ao positivar os primados constitucionais espera-se que se estenda a valorização dos direitos fundamentais a todas as decisões prolatadas nos órgãos do poder Judiciário.

Uma das maiores preocupações que aflige, atualmente, o mundo jurídico, estando presente em qualquer debate seja teórico ou prático é a dicotomia existente entre a celeridade processual e o manejo de recursos. Com vistas a romper a tese de que os recursos são incompatíveis com o andamento processual célere, o Novo Código extinguiu recursos considerados desnecessários e simplificou o procedimento recursal, ao diminuir em alguns pontos a sua complexidade.

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais próximo às necessidades sociais e menos complexo. É, assim, inovador quando trata do precedente judicial em uma seção própria, valorizando a uniformização e a estabilização da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Desta feita, a crise do Judiciário é relevante do ponto de vista de colocar em evidência seu papel, enquanto mantenedor da Justiça, tornando-o alvo de fiscalização e de frequentes críticas, mas não é por isso que devemos persistir nos erros passados, e sim superá-los, novos problemas sempre virão, mas o que não se pode deixar é que os antigos se adicionem a eles.

## 6 Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 nov. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Senado. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: anteprojeto**. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2012.

BRANDÃO, Carlos Gomes. **Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde**. Cuiabá: Universidade Cândido Mendes, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9700>>. Acesso em: 20 maio. 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 26 nov. 2012

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13.ed. v. I. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 10.ed. v. III. Salvador: Jus Podivm, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**. v. I. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2011

LOURENÇO, Haroldo. **O neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e Suas Influências no Novo CPC**. R. EMERJ. v. 14. n. 56. Rio de Janeiro, 2011. p.1. 25 nov. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 8. ed. rev. e atual. 2 v. São Paulo: RT, 2010.



OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. **O Poder Judiciário: morosidade. Causas e soluções.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4306>>. Acesso em: 26 maio 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais.** Disponível em: [www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br). Acesso em: 26 nov. 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. **Um Olhar Reconstutivo da Modernidade e da "Crise do Judiciário": A diminuição dos Recursos é mesmo uma Solução?** Voz Forensis. v. I. n. I. Minas Gerais, 2008.

ROCHA, Felipe Borring. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo

Código de Processo Civil". **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Ano 5. Volume VII. Janeiro a Junho de 2011. Rio de Janeiro, p. 27-28.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

#### NOTAS:

[1] PEDRON, Flávio Quinaud. *Um Olhar Reconstutivo da Modernidade e da "Crise do Judiciário": A diminuição dos Recursos é mesmo uma Solução?* Voz Forensis. v. I. n. I. Minas Gerais, 2008, p. 127.

[2] LOURENÇO, Haroldo. *O neoprocessualismo, o Formalismo Valorativo e Suas Influências no Novo CPC.* R. EMERJ. v. 14. n. 56. Rio de Janeiro, 2011. p.74.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.* O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 nov. 2012, p. 1

[4] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais.* Disponível em: [www.alvarodeoliveira.com.br](http://www.alvarodeoliveira.com.br). Acesso em: 26 nov. 2012, p.2.

[5] LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p. 80.

[6] CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: . Acesso em: 26 nov. 2012, p. 25.

[7] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. 2 v. São Paulo: RT, 2010, p.68.

[8] SARLET, Ingo Wolfgang *apud* LOURENÇO. *op. cit.* p. 89.

[9] Haroldo Lourenço, ao retratar o pensamento de Álvaro de Oliveira afirma que: "o formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais." E, arremata o autor: "o formalismo-valorativo [é] um neoprocessualismo com o reforço da ética e da boa-fé no processo, em original ponderação entre efetividade e segurança jurídica. As premissas desse pensamento são as mesmas do chamado neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético" (LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p.94).

[10] BRANDÃO, Carlos Gomes. *Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde*. Cuiabá: Universidade Cândido Mendes, 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/handle/2011/9700>>. Acesso em: 20 mai. 2012, p 42.

[11] LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p.82.

[12] LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p.81.

[13] Um exemplo do modelo individualista que influenciou a feitura do Código de Processo Civil é a previsão do seu art. 6º que enuncia que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei, o que retrata a ausência de solidariedade, em um pleito voltado sempre ao interesse próprio.

[14] LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p.97.

[15] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p.209.

[16] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p.189.

[17] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz *op. cit.*, p.192.

[18] GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento*. v. I. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 290.

[19] PEDRON, Flávio Quinaud. *Um Olhar Reconstutivo da Modernidade e da "Crise do Judiciário": A diminuição dos Recursos é mesmo uma Solução?* Voz Forensis. v. I. n. I. Minas Gerais, 2008, p. 128.

[20] PEDRON, Flávio Quinaud. *op. cit.*, p. 130.

[21] OLIVEIRA, Moisés do Socorro de. *O Poder Judiciário: morosidade. Causas e soluções*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 96, 7 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4306>>. Acesso em: 26 maio 2012.

[22] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 10.ed. v. III. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 23.

[23] ROCHA, Felipe Borring. "Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil". *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 5. Volume VII. Janeiro a Junho de 2011. Rio de Janeiro, p. 43.

[24] O agravo de instrumento do Novo Código passa a ser designado apenas como agravo, já que a modalidade retida do agravo não mais se encontra prevista.

[25] ROCHA, Felipe Borring. *op.cit*, p. 29-30.

[26] Utilizava-se para denominar o agravo interno, os seguintes termos: agravo regimental, agravo de mesa, agravinho e agravo inominado.

[27] STJ, Corte Especial, EREsp 433.687-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 05.05.2004 e Resp 901556/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 21.05.2008 (LOURENÇO, Haroldo. *op. cit.*, p. 99).

## O DIREITO DE PETIÇÃO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer um estudo sobre o direito de petição.

**Palavras-chave:** Direito. Petição. Constitucional.

**Abstract:** The purpose of this article is succinctly to study the right of petition.

**Keywords:** Right. Petition. Constitutional.

**Resumen:** Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta hacer un estudio sobre el derecho de petición.

**Palabras clave:** Derecho. Petición. Constitucional.

**Sumário:** Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

---

### Introdução

O direito de petição é definido como o direito dado a qualquer pessoa que invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação. Essa invocação dos Poderes Públicos pode se dar para que se denuncie uma lesão concreta, para que se peça a reorientação da situação, ou para que se solicite uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. Sendo assim, é um importante instrumento de defesa jurisdicional de direitos e interesses gerais ou coletivos.

O direito de petição nasceu na Inglaterra, durante a Idade Moderna, fruto das Revoluções inglesas, especialmente a de 1628. Compreendido na Carta Magna de 1215, o right of petition somente se consolidou na Declaração de Direitos de 1689, consistindo no simples direito de o Grande Conselho, e depois de o Parlamento, pedir ao rei que sancionasse leis.

Mais tarde esse direito integrou as Declarações de Direitos clássicas, como a da Pensilvânia, de 1776 (artigo 16), e foi fortalecido na Constituição Francesa de 1791 (artigo 3º), a qual ampliou os peticionários e o objeto de petição. Nos Estados Unidos, evoluiu para incluir o direito ao lobby.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê o direito a "audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele" (Art. X).

A Constituição da República Portuguesa consagra o direito a qualquer cidadão, de forma coletiva ou individual, de peticionar perante os órgãos de soberania ou quaisquer autoridades, que devem responder em prazo razoável.

## **2 Desenvolvimento**

A finalidade do Direito de Petição é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao poder público, para que providencie as medidas adequadas.

Sendo um clássico direito fundamental, já se constata desde a Carta Constitucional de 1824. Ela estabelecia no seu art. 179, inciso XXX que "todo cidadão poderá apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade aos infratores".

As demais Constituições brasileiras também consagraram esse direito de petição (Constituição de 1891, art. 72, caput; Constituição de 1934, art. 113, n. 10; Constituição de 1937, art. 122, n. 7; Constituição de 1946, art. 141, § 37; Constituição de 1967/69, art. 150, § 30; Constituição de 1988, art. 5º, XXXIV).

A Constituição Federal de 1988 assegura no art. 5º, XXXIV, alínea "a" "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, XXXIV, "a").[7] Além dessa forma genérica, o texto constitucional prevê casos específicos de exercício do direito, como a ação popular (art. 5º, LXXIII).

Desse direito, decorre-se que, o mesmo se presta tanto à defesa de direitos individuais contra eventuais abusos, como também para a defesa de interesses gerais e coletivos, sendo um instrumento de nítido exercício das prerrogativas democráticas. Além disso, dirigida a petição à autoridade competente – órgãos do Legislativo, Executivo ou Judiciário-, cabe à mesma o dever de rever ou eventualmente corrigir certa medida.

Na Constituição anterior de 1967, esse direito vinha associado no artigo 153, § 30, ao direito de representação, o que fora modificado na Constituição de 1988. Desse modo, subentende-se que o constituinte teve a intenção de unificar esses dois direitos pelo fato de que a representação se manifesta por intermédio de uma petição.

Em relação ao objetivo da petição, em se tratando de abuso de poder, pode-se afirmar estar ainda em vigor a Lei n. 4.898/65 (Lei de Abuso de Autoridade), que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal contra autoridades que, no exercício de suas funções, cometerem tais abusos.

Nesse sentido, diferentemente do direito de ação, o qual possui caráter jurisdicional – e não administrativo, como no direito de petição em questão-, o peticionário não tem o dever de demonstrar lesão ou ameaça de lesão a interesse, pessoal ou particular.

Esse direito, de caráter universal, pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica, podendo ser exercido individual ou coletivamente.

Essa petição deverá ser destinada ao órgão ou à autoridade competente. As petições dirigidas a entidade incompetente devem ser reenviadas ou, pelo menos, deve-se dar ao competente órgão a ciência da existência do pleito.

O direito de petição, embora não contemple reserva legal expressa, não impede a adoção de medidas que confirmem maior eficácia a esse direito pelo legislador.

Exemplo dessas medidas é o fato de que certas pessoas submetidas a determinados regimes, como os carcerários de segurança máxima, podem ficar



proibidas de comunicar-se com o exterior por determinado período. A restrição desse direito a essas pessoas se dá pelo fato de esse direito conflitar-se com outros princípios constitucionais como o da segurança pública, previsto no Art. 144 da Constituição Federal.

Após a análise pelo órgão competente da referida petição, o texto constitucional não se refere a nenhum direito ao titular da petição de ser informado sobre o resultado dessa apreciação. No entanto, subentende-se que essa informação decorre desse direito, mas caso a mesma não seja feita, é cabível a utilização do mandado de segurança para a obtenção de algum pronunciamento do Poder Público. A Lei de Procedimento Administrativo-Lei federal n. 9.784/99, art. 48- deu maior eficácia a esse direito. A mesma estabeleceu que a Administração deve emitir decisão de seus processos administrativos, dispondo de trinta dias para decidir, salvo por prorrogação expressamente motivada. Tal disposição legislativa tutela outra garantia como o direito à razoável duração do processo nos âmbitos judicial e administrativo, previsto no Artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Não há claras exigências no texto constitucional sobre os requisitos de admissibilidade do direito de petição. Entretanto, o pedido de petição pode conter pretensão indevida ou juridicamente vedada, nos casos de eventuais afirmações injuriosas ou caluniosas, não podendo esse direito ser utilizado no intuito de proferir ofensas pessoais. A jurisprudência do Supremo Tribunal também ressalva que “a necessidade de narrar ou de criticar atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra, especialmente quando a manifestação considerada ofensiva decorre do regular exercício, pelo agente, de um direito que lhe assiste (direito de petição) e de cuja prática não transparece o *pravus animus*, que constitui elemento essencial à positivação dos delitos de calúnia, difamação e/ou injúria”

Ressalta-se, também, que o direito de petição não assegura a possibilidade de o interessado — que não dispõe de capacidade postulatória — caso ingresse em juízo, litigue em nome próprio, independentemente de advogado. No entanto, a posição reflete uma tendência de flexibilização, principalmente no que tange às questões cíveis submetidas aos Juizados Especiais Estaduais e também aos Juizados Especiais Federais.

A Constituição Federal possibilita ainda, como desdobramento do Direito de Petição, a obtenção, por qualquer pessoa, de certidões em repartições e órgãos públicos, desde que voltada ao interesse pessoal do requerente. Este assunto é regulado pela Lei 9051/95, que fixou o prazo improrrogável de 15 dias para que os órgãos da administração centralizada ou autárquica, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às fundações públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, expeçam as certidões, contado do registro do pedido no órgão expedidor. Mas este direito tem sido sistematicamente desrespeitado, ou por não cumprimento do prazo legal, ou por cobrar taxas indevidamente. Através de uma interpretação analógica, este prazo poderá ser aplicado ao Direito de Petição, no qual o órgão público terá 15 dias para se manifestar a respeito, se for necessário e útil.

O Direito de Petição deve ser apresentado de forma escrita, não podendo ser solicitada oralmente. Pode ser exercido individual ou coletivamente. Um exemplo de um Direito de Petição de forma coletiva é o abaixo-assinado.

O Direito de Petição e o direito de aquisição de certidões em repartição pública são, portanto, totalmente reconhecidos pela Constituição Federal. Integram o conjunto de direitos e garantias presente na Carta Magna, da qual não podem ser retirados sequer por emenda constitucional. Cabe ao cidadão estar ciente e fazer valer cada um de seus direitos.

O STF decidiu que viola o direito de petição, previsto no art. 5º da Constituição Federal, a exigência de recolhimento de taxa para emissão de certidão em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal, porquanto essa atividade estatal está compreendida por regra imunizante de natureza objetiva e política. A imunidade refere-se a certidões solicitadas objetivando a defesa de direitos ou o esclarecimento de situação de interesse pessoal, uma vez que a expedição de certidões voltadas à prestação de informações de interesse coletivo ou geral não recebe o mesmo tratamento tributário.

## **Conclusão**

Tal direito, sem dúvida, tem como objetivo precípua assegurar o exercício das prerrogativas típicas de um Estado Democrático de Direito, que não tolera abusos ou arbitrariedades, permitindo ao cidadão a possibilidade de

vislumbrar, igualmente, os direitos e obrigações a que está submetido, de forma delimitadamente objetiva, pelas Leis (que o protegem e as quais deve se subordinar) - para então tornar-se, de fato, "um sujeito de direitos e obrigações".

De maneira prática, cumpre observar que o direito de petição deve resultar, na prática, em uma manifestação do Estado, normalmente dirimindo (resolvendo) uma questão proposta, em um verdadeiro exercício contínuo de delimitação dos direitos e obrigações que regulam a vida social e, desta maneira, quando "dificulta a apreciação de um pedido que um cidadão quer apresentar" (muitas vezes, embarcando-lhe o acesso à Justiça); "demora para responder aos pedidos formulados" (administrativa e, principalmente, judicialmente) ou "impõe restrições e/ou condições para a formulação de petição", traz a chamada insegurança jurídica, que traz desesperança e faz proliferar as desigualdades e as injustiças.

Há muito o que fazer, mas não podemos negar que notáveis progressos têm sido alcançados, no Brasil, neste sentido. Para citar apenas um exemplo expressivo, mencionamos a criação (com a difusão de informação) dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, criando procedimentos simplificados de acesso à Justiça e a correspondente intervenção do Estado de forma mais célere, trazendo consigo o tão almejado sentimento de justiça.

## Referências

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**, volume 2. 20ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 201.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**, volume único. 9ª ed. São Paulo: Método, 2014.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus direitos**. Editora Manole, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

## **ADOÇÃO À BRASILEIRA: CRIME OU CAUSA NOBRE?**

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:** Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

**RAPHAELA LOPES RODRIGUES**<sup>[1]</sup>

**(Coautora)**

**Resumo:** O presente artigo aborda de forma crítica a adoção ilegal, também conhecida como “Adoção à Brasileira” por ser uma prática muito comum de adoção no Brasil. Busca-se demonstrar e analisar quais são os efeitos jurídicos dessa conduta e por que, mesmo havendo previsão expressa no Código Penal sobre isto, a prática não é punida quando a família adotiva garantiu uma vida digna para a criança. Cabe questionar por que vários brasileiros acabam optando por esta prática de adoção, preferindo não aguardar em uma lista de espera e por que muitas pessoas acabam aceitando o filho de outrem e registrando como seu.

**Palavras chaves:** Adoção. Ilegalidade. Afeto. Dignidade. Direito.

**Sumário:** Introdução. 1. A evolução histórica da adoção. 2. A adoção na atualidade. 3. A adoção à brasileira. 3.1 Possíveis fatores que levam à conduta da adoção à brasileira. 3.2 A prática da adoção ilegal atualmente. 3.3 Entendimento dos Tribunais. 3.4 Conduta lícita ou ilícita? . Conclusão. Referências.

---

### **Introdução**

No mundo atual, a adoção possui duas definições; a definição jurídica e a social. Juridicamente, a adoção é um negócio jurídico extrapatrimonial que envolve dois indivíduos interessados em obter a guarda de uma criança por

diversos motivos; esse processo é classificado como complexo, uma vez que para haver a guarda integral e absoluta de um menor impúbere são necessários diversos requisitos, entre eles: a adaptação do casal com a criança, o preenchimento de recursos necessários exigidos neste processo e até mesmo o lapso de tempo é influente nessa questão, pois todo o decorrer do negócio exige espera e principalmente paciência.

Para o ponto de vista social, chamar a adoção de "negócio jurídico" acaba soando de forma pejorativa, pois para qualquer indivíduo, esse ato nada mais é do que uma enorme demonstração de amor por um ser pequeno que não pertence originalmente à família, por isso mesmo há a questão de um afeto infinito por um filho que não é fruto de uma concepção natural entre homem e mulher, e sim fruto de uma relação de amor que envolve olhar para uma criança desconhecida e chamá-la de "meu filho".

A adoção à brasileira é mais uma forma de se realizar o sonho de ter um filho, entretanto, esta conduta não é privilegiada pelo nosso ordenamento jurídico, uma vez que constitui crime expresso nos artigos 242 e 297 do Código Penal, entretanto, muitas pessoas acabam optando por esta prática, sendo que, em muitos casos, o Estado sequer fica ciente da prática realizada. O ordenamento jurídico pune este ato com o fim de evitar que crianças venham a ser vendidas, exploradas e até traficadas e maltratadas. Embora exista uma preocupação em torno desta prática, cada história deve ser analisada concretamente.

Neste trabalho iniciar-se-á por um estudo da evolução histórica do instituto da adoção, chegando à sua conformação atual no Brasil. Em seguida serão estudados os fatores que levam à prática da adoção informal ou "à brasileira", bem como o tratamento penal dado a essa conduta de acordo com as decisões jurisprudenciais e a orientação dogmática. A pesquisa será bibliográfica e o estudo será jurídico, mas marcado por uma interpretação humanística da questão.

Ao final, serão retomados os principais pontos expostos e apresentada uma síntese conclusiva.

## **1. Evolução histórica da adoção**

Desde a Antiguidade o homem vivencia muitas cobranças que recaem sobre si em relação à sociedade, e uma delas é a cobrança de se estabelecer uma família



com filhos para que não ocorra a extinção desse verdadeiro “culto” doméstico, e se esta concepção não advier de meios naturais, devia se optar pela adoção, como demonstra Monteiro (1980,p. 260):

O instituto da adoção tem sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico. Como diz Fustel de Coulanges, é nesse sentimento religioso que ela tem seu princípio. A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar.

Como apresentado, a adoção não é um ato recente. Há milhares de anos que se constata esta prática no mundo e, para melhor esclarecer esta ideia, citamos o que diz Venosa (2014, p. 287-288):

A adoção, como forma constitutiva do vínculo de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. Atualmente, a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, baseando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas afetiva (Carbonnier,1999:337).A Bíblia nos dá notícias de adoções pelos hebreus. Também na Grécia o instituto era conhecido, como forma de manutenção do culto familiar pela linha masculina. Foi em Roma, porém, que a adoção difundiu-se e ganhou contornos precisos. "Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se".

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-*lares*. Nessa contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade.

Como é possível perceber, a adoção visava preencher o vazio hereditário que haveria em uma família caso não houvesse nenhum descendente, pois o importante era preservar o culto familiar e levar adiante por muitos anos a cultura de um lar; foi apenas em Roma que a adoção ganhou uma definição mais sentimental do que um conceito de hereditariedade, a finalidade básica antiga da adoção que passou para o atual Direito Civil era de que ela pudesse imitar a natureza: *adoptio naturam imitatur* (VENOSA, 2014, p.288).

No Direito Romano havia duas modalidades de adoção: a "doptio" e a "adrogatio", consistiam, respectivamente: em uma pessoa capaz que abandonava publicamente o seu culto doméstico biológico para assumir o culto do adotante e a segunda modalidade, sendo a mais antiga e pertencente ao Direito Público, exigia uma forma mais solene para realizar a adoção (VENOSA, 2014, p.288). Para haver a adoção "adrogatio", eram necessários alguns requisitos, sendo estes citados por Venosa (2014, p.288):

Os requisitos da ad-rogação eram estabelecidos pelos pontífices: o ad-rogante deveria ser um *pater familias* sem herdeiro masculino; era indispensável o consentimento do ad-rogando, que não podia ser mulher nem impúbere, uma vez que ambos não tinham acesso aos comícios; a ad-rogação somente podia ocorrer em Roma, pois fora da cidade os comícios não se reuniam.

Como é possível observar, a adoção "adrogatio" era complexa, uma vez que se exigiam vários atos para a sua concessão, entretanto, é importante notar que as mulheres e os menores impúberes (tanto do sexo masculino como do feminino, menores de 16 anos de idade) não podiam ser adotados, uma vez que não tinham acesso aos comícios e também não eram a melhor opção para se continuar com a hereditariedade da família. Além dos requisitos já citados, também havia outros, tão importantes como estes, sendo: idade mínima de 60 anos do adotante, sem filhos biológicos, devendo o adotante ser no mínimo 18 anos mais velho do que o adotado. Durante esse período, apenas os homens podiam adotar, as mulheres só passaram a ter esse direito durante a fase imperial, todavia, apenas se houvesse a autorização do imperador (VENOSA, 2014, p.289).

O Código de Hamurabi, escrito no século 18 a.c., também possuía suas próprias leis em relação à adoção; esta prática era permitida e o adotado não poderia mais ser reclamado, ou seja, voltar para à sua casa de origem, entretanto, existia a possibilidade de regresso se este se revoltasse contra os seus pais adotivos (artigos 185 e 186). Havia também drásticas punições para os filhos adotivos que não reconhecessem seus pais adotivos, podendo receber como castigo a punição de ter a língua cortada e até mesmo os olhos arrancados (artigos 192 e 193) (BUENO, 2012, p.37-38).

Durante a Idade Média, por conta do Direito Canônico, a adoção caiu em desuso; mas durante a Idade Moderna, graças à legislação da Revolução Francesa, a adoção voltou à baila, sendo inserida posteriormente no Código Napoleônico de 1804 (VENOSA, 2014, p.289).

A adoção também sempre esteve presente no Brasil, entretanto, foi apenas em 1990 com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que este ato ganhou uma nova regulamentação no nosso país, embora o Código Civil de 1916 já tratasse do tema; como ressalta Caio Mário Pereira (2010, p.411):

Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90) nova regulamentação se deu para a adoção no Brasil. Prevaleceu, ainda, por destacado período a ideia da adoção como meio jurídico para assegurar descendência para aqueles que não a tinham de seu próprio sangue. A partir da década de 1990 novo paradigma passou a orientar a adoção: a busca de uma família para aqueles que não tinham a possibilidade de permanecer na família biológica, prevalecendo, assim, o melhor interesse da criança e do adolescente como orientação jurídica.

O Código Civil de 1916 considerou a adoção como uma relação jurídica entre adotante e adotado, havendo entre eles apenas um parentesco meramente civil, possuindo como objetivo proporcionar filiação para aqueles que não pudessem ter filhos biológicos. Alguns dos requisitos para a adoção eram que o adotante tivesse 30 anos ou mais e, se fosse casado, deveria ter decorrido cinco anos após o seu matrimônio; isto nada mais era do que uma forma de garantia para as partes deste negócio jurídico, pois com estes requisitos, o adotante seria considerado

maduro o suficiente para amparar a criança e não lhe causar nenhum dano psicológico em decorrência da ausência de experiência por parte dos pais adotivos (PEREIRA, 2010, p.411).

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 227, § 6º assegura que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Mas nem sempre foi assim, no Código Civil de 1916 os filhos adotivos eram tratados de maneira diferente, como demonstra Pereira (2010, p.413):

Quando o adotante tinha filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária (Código Civil, art.377, na redação advinda da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957). Daí resulta esta situação: com filhos supervenientes à adoção, sucedia o adotado na forma do art. 1.605, § 2º. Não tinha direito sucessório se à sucessão do adotante se habilitassem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos, já existentes quando se efetuou a adoção. Reversamente, o adotado tinha de prestar alimentos ao adotante, na condição de filho, e segundo os princípios gerais pertinentes. Se falecesse o adotado sem descendência, e lhe sobreviessem os pais e o adotante, a herança ia por inteiro aos primeiros, mas na sua falta passava aos pais adotivos, embora existissem colaterais.

Muitos anos se passaram e atualmente a adoção está presente no nosso dia a dia, tal ato não ocorre mais exclusivamente por conta da ausência de prole, mas sim porque algumas pessoas se apaixonam por uma criança, uma vez que possuem o desejo de ter uma família maior ou simplesmente porque o amor pela filiação é tão grande que há a necessidade de se ter um ou mais filhos.

A bem da verdade, inobstante o tratamento legal da matéria, esse liame de afeto sempre permeou a grande maioria dos atos de adoção; o que a legislação moderna ordinária e constitucional fizeram foi somente reconhecer esse aspecto fundamental e humano do instituto jurídico. Na Carta Maior de 1988 há direitos fundamentais para que toda criança possa crescer feliz e saudável (artigos 6º e

227), sem qualquer forma de discriminação, logo, tanto crianças oriundas de um processo natural como aquelas provenientes de adoção merecem as mesmas garantias.

A adoção é um ato afetivo que pode mudar tanto a vida do adotado como a vida do adotante, mas para que tudo ocorra dentro dos parâmetros da lei, atualmente contamos com a Lei nº 12.010 de 2009, conhecida como Lei da Adoção e o atual Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº 8.069 de 1990; ou seja, a adoção passou por muitas fases ao decorrer dos séculos, sempre tentando se aperfeiçoar um pouco mais, todavia uma definição antiga de Justiniano perdurou ao longo dos séculos: a adoção deve imitar a filiação natural (VENOSA, 2014, p.289), ou seja, mister que o filho adotivo seja tão amado e protegido como o filho biológico, e assim se faz hoje em dia.

## **2. A adoção na atualidade**

A adoção nada mais é do que um ato jurídico com suas devidas formalidades que, obedecendo aos requisitos legais, estabelece entre duas ou mais pessoas, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de filiação, trazendo para a família um estranho na condição de filho (DINIZ, 2011, p. 546).

Atualmente no nosso ordenamento jurídico podemos encontrar três grandes leis que tratam e regulam o instituto da adoção: o Código Civil (Lei Nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002), o Estatuto da Criança e do Adolescente, também conhecido como ECA (Lei Nº 8.069/90) e a nova Lei Nacional da Adoção (Lei Nº 12.010 de 03 de Agosto de 2009). Embora atualmente a adoção esteja regulamentada e consolidada por leis específicas, nem sempre foi assim. A adoção talvez seja o instituto do Direito de Família que mais sofreu alterações e retalhos ao longo da história da legislação brasileira, podendo – se concluir assim, que o tema da adoção nunca foi estável no Brasil (TARTUCE, 2014, p.420).

Embora essas leis tratem da adoção, considera-se que a problemática só ficou claramente consolidada e firmada no Estatuto da Criança e do Adolescente, como aponta Tartuce (2014, p.420-421):

Além de tudo isso, contribuindo com a situação de dúvidas, o Código Civil de 2002 tratou do assunto. Mais ainda, como uma *peça da colcha*, foi promulgada a Lei 12.010, em 3 de agosto de 2009, conhecida como *Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei da Adoção*. O que se nota é que o tema adoção nunca teve no Brasil uma estabilidade legislativa consolidada, o que se espera ocorrer com a novel legislação.

A nova norma revogou vários dispositivos do Código Civil que tratavam da adoção (arts. 1.620 a 1.629), alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 da atual codificação privada. Em síntese, pode-se afirmar que a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/1990), que também teve vários dos seus comandos alterados (grifos do autor).

Antes do advento da Lei 12.010 de 3 de Agosto de 2009, o Código Civil Brasileiro era responsável para tratar sobre a adoção, mas como cita Gonçalves, isto mudou após a promulgação desta nova lei (2011, p. 384):

No sistema da Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009, que dispõe sobre adoção e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da adoção compreende tanto a de crianças e adolescentes como a de maiores, exigindo procedimento judicial em ambos os casos (ECA, art. 47; CC, art. 1.619, com a redação dada pela Lei n. 12.010/2009). Descabe, portanto, qualquer adjetivação ou qualificação, devendo ambas ser chamadas simplesmente de adoção.

Visando dar estabilidade ao instituto da adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu medidas para este e esclareceu que o objetivo principal é dar um lar para a criança que se encontra em abrigos, como menciona Pereira (2010, p.420-421):

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Nº 8.069/90) estabeleceu rigoroso sistema para a adoção de menores de 18 anos, cujos requisitos foram recepcionados, em grande parte, pela Lei Civil de 2002. A Lei nº 12.010, de 2009,



conhecida como "Lei Nacional da Adoção", fez alterações significativas no "Estatuto", visando, especialmente, criar incentivos para que crianças e adolescentes retornem para o convívio familiar ou encontrem um lar adotivo, evitando que permaneçam, de forma permanente, em instituições de acolhimento (abrigos).

Outro marco fundamental da Lei Nacional da Adoção foi estabelecer prazos para dar rapidez ao processo de adoção e consequentemente garantir a dignidade da criança que se encontra em um abrigo, como menciona Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.382):

A referida Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigos. A transitoriedade da medida de abrigamento é ressaltada na nova redação dada pelo art. 19 do ECA, que fixa o prazo de seis meses para a reavaliação de toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. O cadastro nacional foi definido em resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Como destaca o § 1º do artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente, "A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa(...)", ou seja, a adoção é contemplada pelo ordenamento jurídico, entretanto, para que uma criança seja encaminhada para a adoção, é de suma importância que todos os recursos de manutenção da estabilidade desta estejam esgotados, isto garante que aquele menor possa ter a sua dignidade humana respeitada, uma vez que ele não foi simplesmente desprendido de sua família biológica sem nenhuma chance de se estabelecer uma situação melhor.

Depois de tantas transformações nesse instituto jurídico, sempre com o objetivo de agilizar o processo de adoção para que as crianças não permaneçam tanto tempo nos abrigos, infelizmente no Brasil ainda há vários menores em abrigos e, paralelamente a isso, também há vários “pais em potencial” que desejam acolher no seio familiar um novo membro, entretanto, em vista da morosidade e cansaço de tal procedimento, muitos (in)felizmente optam por uma adoção mais rápida e sem qualquer burocracia social ou jurídica, a adoção ilegal, prevista no Art. 242 no Código Penal, também conhecida como “adoção à brasileira”.

### **3. Adoção à Brasileira**

A adoção à brasileira, também conhecida como adoção ilegal caracteriza-se quando a genitora ou a família biológica simplesmente entrega a criança a um indivíduo estranho, onde este muito provavelmente registrará a criança como filho próprio, sem sequer ter passado por um processo judicial de adoção. Ao nos depararmos com tal situação, é mister questionar por que tal ato ilegal é tão comum no nosso país, mesmo havendo legislações específicas para a regularização de tal procedimento e possuindo previsão no Código Penal ao descrever a conduta no Art. 242: “Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.”, com pena cominada de 2 a 6 anos de reclusão.

#### **3.1 Possíveis fatores que levam à conduta da adoção à brasileira**

Como já destacado, independentemente do procedimento escolhido para se adotar um estranho e torná-lo como filho, o objetivo da adoção nada mais é do que aumentar a família, seja por amor ou simplesmente em razão de querer continuar com a genealogia; entretanto, mesmo existindo amparo jurídico para a consolidação de tal ato, é importante levarmos em consideração alguns fatores que conduzem a tal prática da adoção ilegal, como o desejo de ter para si um novo membro na família, a sensibilidade em face do abandono infantil que ocorre em nossa sociedade e o afeto com crianças (NASCIMENTO,2014).

De acordo com o relatório de pretendentes cadastrados para a adoção, fornecido pelo site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ , atualmente há no Brasil exatamente 43.891 mil pessoas na fila da adoção aguardando pela obtenção da

guarda de uma criança, sendo que 20.721 mil destas pessoas estão concentradas na região sudeste. Por outro lado, no Cadastro Nacional da Adoção – CDA , também é fornecido que exatamente 8.889 mil crianças ainda estão disponíveis para a adoção; ora, por uma obviedade, há mais possíveis adotantes do que crianças para serem adotadas, mesmo assim, tanto a morosidade do processo judicial, como exigências dos possíveis pais em relação a criança (raça, cor, idade etc.) acabam por dificultar ainda mais tal procedimento, fazendo com que estes se esgotem e acabem por optar por uma solução mais fácil, uma vez que o desejo de obter uma nova prole é gigantesco.

Como bem destaca o Art. 226 da nossa Carta Maior, a família é a base da sociedade e merece proteção especial do Estado; é fato que com o passar dos anos o conceito de família ficou mais amplo, abrangendo não só a família patriarcal, mas também outras modalidades desta, como bem preceitua Lobo (2009):

a)união com vínculo do casamento, com filhos biológicos;

b)união com vínculo de casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou somente com filhos não biológicos,

c)união estável com filhos biológicos,

d)união estável com filhos biológicos e não biológicos ou somente não biológicos,

e)entidade monoparental composta de pai ou mãe e filhos biológicos;

f)entidade monoparental composta de pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou somente adotivos,

g)grupo parental de irmãos ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos,

h) entidade formada por pessoas sem vínculo de parentesco, em convivência permanente com laços de afetividade e auxílio mútuo, sem fins sexuais ou econômicos,

i) união homoafetiva com finalidade sexual e afetiva,

j) união concubinária, na qual ocorre impedimento para o casamento de um ou ambos conviventes, com ou sem filhos,

k) famílias recompostas, formadas por padrasto e madrasta e enteados.

Assim, podemos notar que o ser humano está cada vez mais disposto a se inserir em novos meios sociais familiares, para que possa ser aceito como membro de uma família estruturada, entretanto, como a maioria das famílias possuem filhos, aquelas que não possuem sempre buscam meios de complementá-la, e quando a prole não chega através de vias biológicas, a adoção torna-se uma opção para concretizar tal desejo. Percebe-se que a adoção não se trata apenas de um ato isolado de caridade, mais sim da satisfação de um desejo subjetivo relacionado à maternidade/paternidade.

Como mencionado, no Brasil há 8.889 mil crianças esperando para serem recebidas em uma nova família. Como a adoção, segundo o ECA, trata-se de medida excepcional, percebemos que de fato há uma realidade que demonstra que milhares de menores de idade não podem conviver com sua família biológica, gerando consequentemente um abandono afetivo que reflete nas condições emocionais destas crianças, fazendo com que, paralelamente, outros milhares de adultos se comovam com tal situação, optando estes por trazerem alguma destas para seu seio familiar.

Em uma matéria realizada pelo jornal "Estadão", é relatado de forma simples, porém objetiva, o maior dilema daqueles jovens que não conseguem ser adotados: o que fazer após completar 18 anos de idade? Várias pessoas ao tomarem conhecimento da realidade de um abrigo e, principalmente a realidade daqueles que serão expulsos deste ao atingirem a maioridade civil faz com que

nasça o desejo da adoção, impedindo que aquela criança cresça sem perspectiva de vida. Conjuntamente a isto, percebemos que adotar, além de exigir afeto em face das crianças, também exige coragem e disponibilidade de garantir uma vida digna para elas.

Percebe-se que o sentimento em face de crianças abandonas, se somado ao desejo de se aumentar a composição familiar faz com que várias pessoas optem pela adoção, sendo este um ato nobre. Entretanto, embora existam várias crianças em abrigos, muitas delas deixam de ser adotadas, uma vez que o processo de adoção exige tempo e paciência. Assim, aqueles que desejam a adoção acabam por optar por uma mais fácil, mesmo se tratando de um ato ilegal.

### 3.2 A prática da adoção ilegal atualmente

Tal conduta é praticada há vários anos em nosso país, não podendo se dizer ao certo quando começou e quantas pessoas ingressaram no seio familiar através desta prática, mas uma coisa é certa, a adoção à brasileira existe e (in)felizmente ainda existirá enquanto existirem pessoas dispostas a realizar tal procedimento, seja com boas ou más intenções.

Ora, é fato que estes “pais ilegais” optam pelo procedimento mais fácil por não acreditarem no sistema oferecido pela legislação, realizando todos os atos à margem da lei, sem se preocuparem (naquele momento) com as consequências deste ato, que poderá ser descoberto um dia, ou não. No mundo social esta prática de adoção sequer é conhecida como crime, pelo contrário, acredita-se que a sua realização é um ato nobre, não devendo de forma alguma ser investida de ilegalidade. Na realidade e de acordo com a legislação, tal ato sequer pode ser chamado de adoção, uma vez que não preenche os requisitos legais, sendo na verdade, uma simulação errônea de filiação (CAVALCANTE,2013).

Em geral, aqueles que optam pela prática desta adoção possuem boas intenções, apenas desejam tornar para si aquele ser como filho e ao mesmo tempo, impedir que mais uma criança venha a se isolar e até mesmo permanecer por anos em um abrigo, sem qualquer expectativa de vida digna, assim percebemos que estas pessoas diferem daquelas que jamais optariam por tal procedimento, por ferir a legislação, sendo classificadas em dois grupos, como demonstra Moreira (2011, p. 19):

As pessoas que realizam a “adoção à brasileira”, podem ser divididas em dois grupamentos distintos do ponto de vista de móvel psicológico para o ato: os que precipitadamente realizam essa colocação indevida por medo de constarem na fila de interessados em adoção. Com eventual demora na chamada por especificação excessiva das características da criança pretendida (geralmente branca, recém-nascida e do sexo feminino), poderia haver o medo de envelhecimento dos interessados, com profundo distanciamento em relação à faixa etária do “adotado” (quebra da mística de geração natural no seio familiar) ou frustração decorrente de situação não resolvida (mito do tempo perdido, que poderia ser aproveitado com uma criança já inserida na família); os que recorrem à “adoção à brasileira” com apreensão de desaceitação do Poder Judiciário (ou do Ministério Público) em aceitar o perfil dos interessados. Há pessoas que têm insegurança em suas atitudes, imaginando que o Juiz de Direito (ou o Promotor de Justiça) possa criar dificuldades à colocação adotiva com objeções variadas (falta de recursos financeiros, anomalias psíquicas, inadequação para os cuidados de uma criança etc.).

Vê-se que não se trata apenas de um ato egoístico ilegal, mas sim de medo, medo de nunca ter um filho ou de demorar mais do que o normal para tê-lo, fazendo com que várias pessoas optem por vias ilegais para constituir uma família, se importando apenas com o resultado, e não com os meios utilizados e sua (i)legalidade.

Conforme já destacado, realmente tal conduta é tipificada pelo ordenamento jurídico, entretanto, ao mesmo tempo em que há a tipificação, também há uma excludente prevista no parágrafo único do Art. 242, CP: Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena. Vemos que a própria legislação exclui a imposição de pena quando o delito é praticado por reconhecida nobreza, ou seja, quando a conduta está revestida de boas intenções, visando uma vida digna para aquele pequeno ser, logo, percebe-se que de fato há a tipificação para se evitar que crianças sejam adotadas com fins maléficos, e ao mesmo tempo, se



reconhece que há casos em que o objetivo é garantir a dignidade daquele indivíduo. Como menciona Assis (2014, p. 49):

Tal conduta configurava o delito insculpido no art. 299, parágrafo único (falsidade ideológica em assentamento do Registro Civil), do Código Penal. Todavia, a jurisprudência firmava-se pela ausência de tipicidade do fato quando praticada a conduta com motivo nobre, já que ausente o fim “prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante” (elemento subjetivo do injusto). Apesar do propósito inicial de beneficiar os autores daqueles registros, a alteração trazida pela Lei 6.898/1981 não mais permite o reconhecimento da atipicidade da conduta, mas sim a aplicação da forma privilegiada ou a extinção da punibilidade pelo perdão judicial desde que praticado o delito por motivo de reconhecida nobreza.

Podemos perceber que prevalece o melhor interesse para a criança, pois se esta não fosse adotada, teria grandes chances de viver exposta a perigos ou crescer em um abrigo sem a menor chance de ser adotada e de ter uma vida digna.

### 3.3 Entendimento dos Tribunais

Os Tribunais superiores mantêm entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse do menor nas práticas de adoção à brasileira, não há de forma alguma nenhuma inconstitucionalidade nestas decisões, uma vez que o parágrafo único do Art. 242, CP permite a não aplicação da pena e, além do mais, o que importa é o bem-estar do adotado, uma vez que este terá seus direitos mínimos estipulados pelo Art. 227 da Carta Maior garantidos, sendo assim, vejamos:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR. APARENTE ADOÇÃO À BRASILEIRA E INDÍCIOS DE BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. PRETENSOS ADOTANTES QUE REUNEM AS QUALIDADES NECESSÁRIAS PARA O EXERCÍCIO DA GUARDA PROVISÓRIA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO PRESUMÍVEL NO CONTEXTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

DESENVOLVIDAS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR.

2- Conquanto a adoção à brasileira evidentemente não se revista de legalidade, a regra segundo a qual a adoção deve ser realizada em observância do cadastro nacional de adotantes deve ser sopesada com o **princípio do melhor interesse do menor**, admitindo-se em razão deste cânone, ainda que excepcionalmente, a concessão da guarda provisória a quem não respeita a regra de adoção. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 27/02/2018. HC 385507/PR. Ministra Nancy Andrigli)

HABEAS CORPUS. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. MEDIDA LIMINAR PROTETIVA DE ACOlhIMENTO DE CRIANÇA EM ABRIGO. GRAVE SUSPEITA DA PRÁTICA DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA" EM DUAS OCASIÕES DISTINTAS. INDÍCIOS DE ADOÇÃO DE CRIANÇA MEDIANTE PAGAMENTO. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO AFETIVA. GRAVIDEZ FALSA. INDUZIMENTO A ERRO. AMEAÇA GRAVE A OFICIAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ABRIGAMENTO. EXCEPCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DECISÃO FLAGRANTEMENTE ILEGAL OU TERATOLÓGICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

2. A jurisprudência desta eg. Corte Superior tem decidido que não é do melhor interesse da criança o acolhimento temporário em abrigo, quando não há evidente risco à sua integridade física e psíquica, com a preservação dos laços afetivos eventualmente configurados entre a família substituta e o adotado ilegalmente. Precedentes. (STJ. Terceira Turma. Data do julgamento: 05/12/2017. HC 418431/SP. Ministro Moura Ribeiro)

O próprio STJ vem decidindo pela permanência da criança na família adotiva, mesmo que isto tenha ocorrido por meios ilegais; o que se leva em consideração é o melhor interesse para este menor, uma vez que, se a finalidade do Estado é o bem social, deixar que o menor permaneça em seu lar onde houve a criação do vínculo afetivo, é respeitar o adotado.

Partilhando do mesmo entendimento, os Tribunais inferiores também proferiram decisões que não condenam tal prática ilegal de adoção, sempre enaltecendo o melhor interesse do menor, além de levarem em consideração que com a criação do vínculo sócio-afetivo, não há por que descaracterizar tal ato, pois na maioria das vezes, o reconhecimento de paternidade/maternidade é feito de maneira voluntária, por parte daquele que adota:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA -APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL. **ADOÇÃO À BRASILEIRA E PATERNIDADE SOCIOAFETIVA** **CARACTERIZADAS.** RECURSO IMPROVIDO.

1. **O reconhecimento voluntário de paternidade, com ou sem dúvida por parte do reconhecente, é irrevogável e irretratável** (arts. 1609 e 1610 do Código Civil), somente podendo ser desconstituído mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, vícios aptos a nulificar os atos jurídicos em geral. (AC Nº 70040743338, TJRS).

2. **Caracterizadas a adoção à brasileira e a paternidade socioafetiva, o que impede a anulação do registro de nascimento** da ré pelo pai registral, mantém-se a improcedência da ação. (TJPI. Data do julgamento: 26/05/2015. AC nº 201000010064408 PI 201000010064408. Relator Desembargador Brandão de Carvalho.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MENOR QUE ESTÁ SOB A GUARDA FÁTICA DOS AUTORES DESDE O NASCIMENTO. ARREPENDIMENTO MATERNO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. VÍNCULO AFETIVO CONSOLIDADO. **MELHOR INTERESSE E PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA.**

Não merece reparo a decisão que destituiu o poder familiar, e concedeu a adoção do menor, que convive com os autores desde tenra idade. Em que pese o arrependimento materno, o infante, atualmente com 5 anos de idade, está adaptado à família adotante, reconhece-os como pai e mãe, **já consolidado o vínculo afetivo**. Manutenção deste arranjo familiar, considerando o melhor interesse da criança. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS. Data do julgamento: 26/11/2014. Apelação Cível Nº 70062283361, Relatora Liselena Schifino).

Vê-se que está consolidado entre os diversos Tribunais que a prática conhecida como adoção à brasileira, embora seja ilegal, não é desclassificada como adoção e muito menos punida, posto que se leva em consideração a voluntariedade do agente que pratica tal conduta e principalmente o melhor interesse do menor, pois este é o pilar de toda esta discussão.

### 3.4 Conduta lícita ou ilícita?

Além do posicionamento jurisprudencial, a doutrina também entende e exemplifica tal situação. Damásio de Jesus expõem por que há a diminuição da pena e também o perdão judicial (2011, p.253):

O parágrafo único do art. 242 do CP prevê uma causa de diminuição de pena, consistente em o agente realizar a conduta impelido por motivo de reconhecida nobreza. O privilégio aplica-se a todas as modalidades de conduta descritas no caput. Reconhecida nobreza significa motivo que demonstre humanidade, altruísmo, generosidade por parte do agente. Existindo tais motivos, é possível ao juiz atenuar ou até conceder o perdão judicial. Embora o CP empregue a expressão “podendo o juiz deixar de aplicar a pena”, o perdão judicial constitui um direito do réu e não simples faculdade judicial, no sentido de o juiz poder aplicá-lo ou não, segundo o seu puro arbítrio. Desde que presentes circunstâncias favoráveis ao réu, o magistrado está obrigado a não aplicar a pena.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, Rogério Greco também menciona a atitude do legislador em atenuar a pena ou conceder o perdão judicial, em casos que realmente há motivo nobre (2014, p. 701):

Existem situações, que não são incomuns, em que o agente pratica o delito tipificado no art. 242 do Código Penal, em qualquer de suas modalidades, impelido por um motivo nobre, que denota generosidade, altruísmo, humanidade, enfim, sentimentos que merecem ser considerados para efeito de aplicação da lei penal, ou mesmo para que seja evitada sua aplicação. Imagine-se a hipótese em que uma mulher grávida, vivendo em condições de extrema miséria, morando em um vilarejo muito pobre no interior de uma cidade de nosso país, resolva abortar, oportunidade em que é impedida por uma família de condições pouco melhores do que as dela, mas que, movida por um sentimento de solidariedade, a convença a levar a gravidez a termo, sob promessa de que ficaria com a criança assim que ela nascesse. Depois do nascimento, dada a pouca cultura, a família registra o recém-nascido como filho.

Nesse caso, a lei fornece ao julgador duas opções: a primeira delas, depois de concluir que o fato é típico, ilícito e culpável, condenar o agente pela prática do delito previsto pelo parágrafo único do art. 242 do Código Penal, que prevê uma modalidade privilegiada de parto suposto; a segunda opção, que dependerá da sensibilidade do julgador no caso concreto, será a concessão do perdão judicial, deixando de aplicar a pena. O juiz deverá, portanto, analisar, principalmente, a culpabilidade do agente, a fim de concluir, entre as opções que lhe são fornecidas pela lei, qual delas é a que melhor se aplica ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atende aos critérios de uma boa política criminal.

Destaca o doutrinador ao dizer que, embora exista esta possibilidade de atenuação ou exclusão da pena, deverá o magistrado agir de acordo com a culpabilidade do agente, ou seja, deve este analisar por que aquela conduta foi

realizada, se por real motivo nobre, por vaidade ou para gerar outra conduta ilícita, como por exemplo, tráfico de criança. Não pode a legislação comparar aquele indivíduo que pratica a adoção à brasileira visando à promoção da dignidade da criança com aquele que deseja se aproveitar da situação de miserabilidade da família biológica. Brilhantemente o legislador soube reconhecer o dolo do agente, pois tal prática é muito comum em nosso país, sendo realizada por aqueles que não querem passar por um longo processo judicial.

Não há que se falar em exclusão da ilicitude, pois o fato continua sendo ilícito, apenas não haverá a aplicação da pena quando o dolo do(s) agente(s) realmente estiver caracterizado pelo motivo nobre (MIRABETE, FABRINI, 2014, p.23). Quando estivermos diante da comprovação da conduta por conta de um ato nobre, o magistrado tem o dever de conceder o perdão judicial. (BITENCOURT, 2006, p.151).

Ao se reconhecer que esta prática é algo muito comum no Brasil, o legislador buscou ao mesmo tempo punir aquele que a pratica com más intenções e deixar de punir o indivíduo que apenas visa o bem da criança, devendo-se levar em consideração que na maioria das vezes, quem pratica esta adoção ilegal, sequer conhece o seu caráter criminoso.

### Conclusão

Ao abordarmos o assunto referente à adoção ilegal, também conhecida como “adoção à brasileira”, percebe-se que, embora esta seja ilegal, possuindo previsão expressa no Código Penal, entende-se que, na verdade, não se trata de um crime (pensando-se no sentido material do termo, independentemente da previsão positivada), mas sim de um gesto nobre e humano, onde o indivíduo resolve levar para o seu convívio familiar uma criança estranha para ser tratada como seu filho.

Os Tribunais e principalmente o Superior Tribunal de Justiça já pacificaram entendimento de que deve prevalecer o melhor interesse da criança, não sendo justo desconstruir um laço familiar já consolidado. É mister destacar que esta conduta apenas deixará de ser punida quando estiver claro que a conduta do agente foi realizada com a finalidade de garantir uma vida digna em face daquele menor, sendo este um direito inerente a todo pequeno cidadão, mas que, infelizmente, nem todos possuem.



## Referências

ASSIS, Isabel Fernandes de. **Adoção à brasileira: crime ou ato de amor?** Centro Universitário de Brasília. Disponível em: <<http://www.repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6099/1/21031276.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte especial, volume 4.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Manoel Carlos. **Código de Hamurabi, Manual dos Inquisidores, Lei das XII Tábuas, Lei de Talião.** São Paulo: Edijur, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Adoção à brasileira e a (im)possibilidade de anulação do registro segundo o STJ.** Jusbrasil. Disponível em: <<https://marciocavalcante2.jusbrasil.com.br/artigos/121942721/adocao-a-brasileira-e-a-im-possibilidade-de-anulacao-do-registro-segundo-o-stj>> Acesso em: 30 jun. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNA – Cadastro Nacional da Adoção. Relatórios estatísticos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 10 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil: Direito de Família.** 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTADÃO. **Aos 18 anos, jovens em abrigos perdem lar.** Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/noticias/geral,aos-18-anos-jovens-em-abrigos-perdem-lar-imp-,745943>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABBRINI RENATO N. **Manual de Direito Penal, volume 3. parte especial, arts. 235 a 361 do CP.** 28 edição. São Paulo: Atlas, 2014

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.

LOBO, Paulo. **Famílias. Direito Civil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à brasileira**. Universidade Presidente Antônio Carlos. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>>. Acessado em: 09 jul. 2018.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. **Adoção à brasileira**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14879](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14879)>. Acesso em: 29 jun. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instruções de Direito Civil – Direito de Família**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SENADO FEDERAL. **Adoção “à brasileira” ainda é muito comum**. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

NOTAS:

[1] **Graduanda do curso de Direito do Unisal e Estagiária em Direito.**



## **ANÁLISE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O DIREITO À SAÚDE, NO BRASIL**

**TELMA APARECIDA ROSTELATO:** Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Especialista em Direito Constitucional, pela ESDC - Escola Superior de Direito Constitucional. Professora do Curso de Direito da FAIT - Faculdades Integradas de Ciências Sociais e Agrárias de Itapeva-SP. Procuradora Jurídica Municipal. Contato: telma-rostelato@fait.edu.br

**RESUMO:** O artigo tem como intento a abordagem do direito à saúde a ser concedido às pessoas com deficiência, no Brasil. Com o objetivo de viabilizar reflexões acerca da significância verdadeira e essencial, que se faz presente nesta proteção jurídica, recorre à análise de proposições presentes nos desígnios dos direitos humanos, ao longo de sua evolução histórica, para que possa explicitar a amplitude do conceito gizado no texto constitucional, acerca da temática, mormente pela declaração expressa, remetendo a todas as pessoas indistintamente, o que por si só poderia justificar o enquadramento das pessoas com deficiência. Conclui que com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 06.07.2015) no sistema jurídico brasileiro, extirparam-se todas as dúvidas que pudessem pairar, a este respeito, nada mais justificando eventual omissão estatal.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Pessoas com deficiência; Direitos humanos.

**ABSTRACT:** The article intends to approach the right to health to be granted to people with disabilities in Brazil. With the objective of making possible reflections about the true and essential significance that is present in this legal protection, it uses the analysis of propositions present in the human rights designs, throughout its historical evolution, so that it can make explicit the breadth of the concept gizado in the constitutional text, on the subject, mainly by the express declaration, referring to all people indistinctly, which in itself could justify the framing of people with disabilities. It concludes that with the entry into force of the Statute of Persons with Disabilities (Law 13,146, dated 06.07.2015) in the Brazilian legal system, all doubts that could be raised in this respect have been extinguished, justifying a possible state omission.

**Key words:** Right to health; Disabled people; Human rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As pessoas com deficiência no sistema jurídico brasileiro; 3. Direito à saúde e os direitos humanos; 4. Direito à saúde das pessoas com deficiência; 5. Considerações Finais; Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Para que se possa saber a quem a legislação está se reportando, primeiramente não se pode prescindir da averiguação de quem seriam os abarcados pela proteção legislativa, sendo o que ocorre com relação às pessoas com deficiência, que ao longo de décadas requereu interpretação ampliativa para que se tornasse viável a compreensão de quem efetivamente ocuparia a posição de beneficiário daquele imenso rol de direitos previstos, tanto na Constituição, quanto em legislações esparsas.

Em 05/01/2016, quando da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 06.07.2015), também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, este esforço interpretativo não mais se fez necessário, porque foi definitivamente posto um ponto final nestas dificuldades todas, para estabelecer-se uma definição da nomenclatura.

O art. 2º. do supracitado preceito legislativo prevê de forma expressa, o mencionado conceito.

Também com o intento de se finalizar as celeumas há tanto tempo travadas, acerca da significância do direito ao acesso à saúde, pelas pessoas com deficiência, de igual forma o Estatuto, no Capítulo III veio reportar-se ao assunto, extirpando qualquer delimitação que os intérpretes acaso viessem atribuindo ao consagrado direito inserto no art. 196 da Constituição Federal.

Com isso, pode-se compreender o direito à saúde das pessoas com deficiência, ora contemplado de forma expressa e taxativa, como respeitante aos propósitos conclamados pelos direitos humanos.

## 2. AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Hodiernamente não há como serem lançadas elucubrações acerca do significado do termo: *peçoas com deficiência*, haja vista a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº. 13.146), datado de 06 de julho de 2015, cuja vigência iniciou-se 180 dias após.

O art. 2º. da legislação mencionada, também conhecida como LBI – Lei Brasileira de Inclusão, assevera que:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Engatinhando, desde a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Estado brasileiro, juntamente com o seu Protocolo Facultativo, em 09 de julho de 2008, o Artigo 1, nominado Propósito, em seu segundo parágrafo, já fazia remissão à terminologia, vejamos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

E precisamente na alínea 'e' do Preâmbulo da aludida Convenção, é gizado, *'in verbis'*:

#### Artigo 1

##### Propósito

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação



com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Antes disso, fazia-se necessário recorrer a técnicas diversificadas, a ciências alheias a da área jurídica, para que se pudesse aproximar de um conceito apropriado ao que se propunha consagrar como sendo beneficiário do rol de direitos contemplado num aglomerado de normas jurídicas, disponíveis no sistema jurídico brasileiro.

Tanto que a história mostra-nos que diversas discussões foram travadas entre os doutrinadores e os legisladores, para estabelecer-se a definição de pessoa com deficiência, sendo que algumas enfocavam a falha, a imperfeição das pessoas, outras restringiam-se a comentar a deficiência física, mental e sensorial.

Não obstante a reconhecida celeuma travada pela doutrina e legislação pátria, para efetuar tal delimitação, ainda buscava-se recorrer a demais ramos da ciência (dada a interdisciplinaridade do direito), com o fito de chegar o mais próximo possível do conceito considerado como sendo o adequado.

Não bastasse, havia ainda outras duas formas de pensar a deficiência: uma baseada no modelo médico (mais antiga) e a outra, baseada no modelo social.

A principal característica do modelo médico era a descontextualização da deficiência, enfocando-a como um incidente isolado. Infelizmente, esse modelo por muitos anos influenciou documentos legais e ações protetivas no mundo inteiro (no Brasil não foi diferente).

É de bom alvitre colocar que, segundo Claudia Werneck (2000, p. 33), o modelo médico tinha relação com a homogeneidade porque tratava a deficiência como um problema do indivíduo (e, no máximo, de sua família) que devia se esforçar para se “normalizar” perante os olhos da sociedade.

O modelo social da deficiência valorizava a diversidade e surgiu por iniciativa de pessoas com deficiência, reunidas no *Social Disability Movement*, na década de 60. Esse movimento provou que a maior parte das dificuldades enfrentadas por pessoas com deficiência, eram resultado da forma pela qual a sociedade lidava com as limitações de cada indivíduo.

Importante colacionar a posição trazida no Manual de Desenvolvimento Inclusivo, por Claudia Werneck (2000, p. 33):

*De acordo com o modelo social, **a deficiência é a soma de duas condições inseparáveis: as seqüelas existentes no corpo e as barreiras físicas, econômicas e sociais impostas pelo ambiente ao indivíduo que tem essas seqüelas.** Sob esta ótica, é possível entender a deficiência como uma construção coletiva entre indivíduos (com ou sem deficiência) e a sociedade. grifo nosso*

Sem dúvida, o modelo social era o mais adequado para se focar a deficiência, já que analisava o “todo”, valorizando a importância do ambiente na vida das pessoas. Portanto, mister que se propagasse a ótica desse modelo, para que se tivesse um perfeito entendimento acerca da deficiência.

Pelo demonstrado, constata-se que não havia um conceito perfeito e acabado, o que se fazia frequentemente, vislumbrando alcançar-se os fins traçados pela inclusão social destas pessoas, as minorias<sup>[1]</sup>, era adotar a conceituação que pudesse ampliar as hipóteses de inclusão.

Até 2001, o foco eram os fatores preponderantemente biológicos e médicos, que partiam da análise do que se tinha por “normalidade”, para nominar as pessoas com deficiência.

Diante disso, concluía-se que, independentemente da conceituação que se adotasse, o fato era que, para estas pessoas, mesmo para a prática de singelos atos diários, as mesmas acabavam necessitando de auxílio, e este auxílio não podia ser compreendido como sinônimo de beneficência, de caridade, mas sim de atuação do Estado, da sociedade, da comunidade e da família, para conceder-lhes meios concretos de inclusão social, sob todos os aspectos.

Com isso, podia-se afirmar que era insuficiente a classificação das deficiências, restringindo-as, como sendo: físicas, sensoriais ou mentais, já que a definição de pessoa com deficiência, traçada por Luiz Alberto David Araujo (2003, p. 23-24), contemplava outras categorias de deficiências, veja:

[...] o que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de

deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Por todos os ângulos de análise, a mencionada conceituação, era a mais adequada, por ser a mais abrangente, alcançando diretamente os fins da inclusão social, alicerçados pela Constituição Federal, imiscuindo-se em absoluto toda e qualquer espécie de discriminação e marginalização social, rechaçadas expressamente pelo art. 3º., inciso III.

Singularmente, Ivana Aparecida Grizzo Ragazzi e Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla (p. 141) ressaltaram que o conceito de pessoa com deficiência era merecedor de atenção, vez que delimitava a área de proteção legal e impunha como marco inicial a mudança necessária na forma de ser enxergada esta pessoa.

Não obstante, como afirmado anteriormente, com o advento da LBI este esforço interpretativo cedeu espaço a outros questionamentos, já que a definição do termo: pessoa com deficiência encontra-se pacificado e presente de forma expressa no texto legal.

### **3. DIREITO À SAÚDE E OS DIREITOS HUMANOS**

A saúde é direito consagrado no art. 196 da Constituição vigente, sendo que sua prestação, como afirma Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 482) desempenha papel importantíssimo, já que: *“consiste numa integração das ações e serviços públicos de saúde, tendo por diretrizes o princípio da descentralização, no nível de cada esfera de governo, o atendimento integral e a participação da comunidade.”*

Pondere-se, entretanto, que a remissão ao direito à saúde encontra-se presente em demais artigos da Carta Constitucional vigente, tais como: 5º., 6º., 7º., 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230. Letícia Jean do Amaral Arantes Daré (*in* Direito à alimentação adequada como corolário do direito constitucional à saúde, Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira, p. 169) pondera que a moderna

doutrina jurídica desperta na sua mais pura hermenêutica a interligação do direito à saúde a outros tantos, igualmente previstos na Constituição.

Salienta Dallari (p. 18) que a história mostra o surgimento de duas grandes correntes para conceituação de saúde, sendo elas:

De um lado, grupos marginais ao processo de produção, que viviam em condições miseráveis, e enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação, e à moradia. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. E fatores políticos aparentemente finalizaram tal debate.

Segundo concluem Dirceu Pereira Siqueira e José Luiz Ragazzi (p. 79) é possível verificar assim, que no período industrial a saúde era tida como a ausência de doenças, tendo se buscado conceituar a saúde, neste momento histórico, com base na questão e que o trabalhador não poderia adoecer de modo a não prejudicar a produção nas indústrias.

Inolvidável que a Constituição é o nascedouro das normas inerentes à saúde, pois nela repousam seus mais profundos alicerces e a previsão de maior acesso a este direito. Acima de tudo, é por meio da Constituição que todos os cidadãos podem e devem exigir o cumprimento de seus direitos fundamentais (SCHWARTZ, p. 193).

Releva notar que ao se fazer menção ao direito à saúde está-se necessariamente reportando à proteção do direito à vida, bem maior, direito inviolável, perfazendo o tratamento hospitalar, terapêutico e medicamentoso, verdadeiros mecanismos de se viabilizar o direito à existência digna, até porque, não basta ser garantido pelo Estado, o direito à vida, esta carece ser concebida de forma digna (ROSTELATO p. 128).

Pois bem e não é apenas em âmbito nacional que o direito à saúde encontra guarida, a Assembleia Geral da ONU aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o objetivo de explicar o que seriam direitos humanos. Por sua vez, a Carta Internacional dos Direitos Humanos é

oriunda do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (que entrou em vigor em 23 de março de 1966, incluindo o Brasil, nos 148 Estados signatários), do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (que entrou em vigor em 03 de janeiro de 1976, incluindo o Brasil, nos 145 Estados signatários) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Atualmente, disponibilizam-se mais de 140 tratados e protocolos adicionais que impõem obrigações jurídicas aos Estados, no que se refere a tratados de direitos humanos, sendo que se subdividem em: *tratados gerais* (por abordarem vários direitos humanos, tendo alcance universal); os *específicos* (por abordarem questões específicas); os que *protegem certas categorias de pessoas* (nestes estariam incluídas as pessoas com deficiência) e os que *dispõem contra as discriminações em geral* (incluídas, as pessoas com deficiência).

Portanto, para fins de compreensão do significado dos direitos humanos, iniciemos pela análise do conceito de direito humano à saúde, verificando o teor do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa humana tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar para si e sua família, saúde e bem-estar...”.

Logo, no aludido artigo, a Declaração define de forma integrada, o direito à saúde, bem como resguarda o caráter subjetivo e coletivo do mesmo, portanto, saúde é qualidade de vida, e não apenas vista como doença e cura, e deve ser garantida à pessoa, tanto individualmente, quanto ao seu grupo familiar.

Na mesma linha, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 12, reafirma a universalidade e a integralidade do direito humano à saúde, preconizando que: “toda pessoa deve desfrutar do mais alto padrão de saúde física e mental”, indicando, na seqüência, formas concretas de implementar esse direito, quais sejam:

diminuindo a mortalidade infantil, garantindo condições saudáveis no trabalho e meio ambiente, prevenindo e tratando de doenças e epidemias e assegurando assistência médica em casos de enfermidades.

Neste contexto, como mencionado, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 196, veio consagrar a universalidade da saúde e em 1990, foi engendrado no nosso ordenamento jurídico, as Leis n.º 8.080 e n.º 8.142, que regulamentaram ambas, o Sistema Único de Saúde (SUS), tendo a primeira fortalecido o caráter universal e público do direito humano à saúde, pois é para todas as pessoas e é dever do Estado (governos federal, estadual e municipal) e com esta ampliação, estabeleceu uma novidade: a descentralização dos serviços de saúde, colocando-os mais próximos da população e de acordo com sua realidade; já, a segunda decreta que sem participação não se efetiva o direito humano à saúde, determinando a necessária criação das Conferências e Conselhos, além de definir os recursos (tetos para as três esferas de governo).

Um ano após (1991), a Normativa Operacional Básica, veio criar e destinar recursos para os programas voltados a populações específicas e, com isto, inaugurou um outro princípio: o respeito às diversidades. Nestas, incluem-se as pessoas que têm o diagnóstico de certas doenças, que requerem tratamentos singulares, como os aidéticos e os cancerosos, são os nominados grupos vulneráveis.

Sobreleva destacar que, nas prefaladas normativas interna e internacional, sobre o direito humano à saúde, houve uma evolução e ampliação conceitual, tendo este processo correspondência para com o processo de organização, participação e controle da sociedade civil.

Este reconhecimento oficial foi uma conquista, e o desafio atual é manter e efetivar plenamente o direito humano à saúde (QUEIROZ, p. 216).

Ademais: o Brasil, é um dos signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conclamando esta, em seu bojo, a preservação do direito à vida, à integridade física e moral, o respeito à dignidade humana de todas as pessoas indistintamente, salvaguardando os direitos fundamentais (aqui compreendidos sob os lindes territoriais do Estado e numa maior amplitude, em sendo considerados na seara internacional, com o significado de direitos humanos), de forma ampla, irrestrita e incondicionada.

Isto significa que a responsabilidade pela disponibilização de meios destinados à concretização de direitos vários, a serem usufruídos pelo ser humano, recai sobre o Estado brasileiro, signatário que é da aludida



Convenção, portanto deve promover mecanismos eficazes à observância dos mesmos, sendo exatamente este o enfoque a ser atribuído à questão das pessoas com deficiência.

Ora, mais que ter resguardado o direito à saúde, aí englobado o acesso a medicamentos, tratamentos terapêuticos e internação hospitalar, compreendida a interpretação do texto constitucional, em seu art. 196, repisada em ampla proteção infraconstitucional, importa asseverar, desta feita, que estas pessoas dispõem de proteção em âmbito internacional, para que consigam alcançar a usufruição do direito à saúde, vivendo dignamente, através da atuação estatal.

Constituindo-se a omissão estatal, além de inconstitucionalidade, uma real ruptura para com os compromissos firmados internacionalmente, diante da violação a direitos humanos, que são. Tanto é, que consta no Art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), à qual o Brasil aderiu, por meio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá atuar, intervindo em favor daquele (aqui compreendido o próprio jurisdicionado) que sofrer lesão, praticada pelo Estado signatário da Convenção e que venha transgredir a observância de suas normas, face a ocorrência de violação a direitos fundamentais, a qual estabelece:

Art. 63: [...]

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que

ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Recorrendo a uma análise aprofundada e fundamentada do tema: direito de acesso à saúde, outra assertiva não se pode tecer, a não ser a de que o não fornecimento de meios aptos e eficazes ao tratamento subsume latente afronta à dignidade humana, inculcada a desigualdade e discriminação negativa, por desaguar no desamparo do direito à vida, direito este constitucionalmente resguardado e erigido à órbita internacional, como desígnio de direitos humanos.

De tudo isso, conclui-se que o Estado brasileiro tem a responsabilidade de, sob a perspectiva dos direitos humanos, resgatar a dignidade da pessoa humana como patamar comum de diálogo e luta, e, neste âmbito, está o direito humano à saúde como uma dimensão dos direitos humanos imprescindível à garantia da dignidade humana, pois não basta alegar que o Estado brasileiro aderiu aos termos do Tratado Internacional, faz-se necessário que o mesmo desenvolva políticas públicas eficazes, que viabilizem a efetivação destes seus propósitos, já conclamados e reconhecidos internacionalmente, para que se possa conferir cumprimento aos anseios de inclusão social.

Violar o direito à saúde subsume-se numa real afronta à dignidade humana, retratando violação à direito internacionalmente protegido.

#### **4. DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA**

No que alude às pessoas com deficiência, nem há que se cogitar, uma vez que o art. 196 assevera taxativamente, assegurar-se irrestritamente a *todos* o direito à saúde, incidindo sobre o Estado esta responsabilidade.

Ainda que não houvesse menção alguma no texto constitucional, às pessoas com deficiência, o art. 196 por si só seria suficiente para nos auxiliar na aplicação da interpretação deste preceito, não obstante, pode-se perceber que os arts. 7º., 23, 24, 37, 40, 203, 208, 227 e 244 contemplam prenúncio protetivo a esta categoria de pessoas, abarcado então se encontra, por evidentes razões, o direito à saúde.

Como averiguado minuciosamente (ROSTELATO, p. 134-139) tratando especificamente do direito à saúde, desta categoria de pessoas, o

Decreto 3.298, de 20.12.1999, a Lei 7.853/1989, em seu art. 2º, inciso II, aliena "a", assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 8º, 10, inciso III, 11, §§ 1º. e 2º e 14 eram empregados como fundamentação à concessão de referido direito.

Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 06.07.2015) no sistema jurídico brasileiro, esta tarefa não carece mais ser realizada, em virtude da expressa previsão nos arts. 18, §1º, 19, 20, 21, 23 e 26, Parágrafo Único que assim dispõem:

Art. 18. É assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantido acesso universal e igualitário.

§ 1º É assegurada a participação da pessoa com deficiência na elaboração das políticas de saúde a ela destinadas.

Art. 19. Compete ao SUS desenvolver ações destinadas à prevenção de deficiências por causas evitáveis, inclusive por meio de:

I - acompanhamento da gravidez, do parto e do puerpério, com garantia de parto humanizado e seguro;

II - promoção de práticas alimentares adequadas e saudáveis, vigilância alimentar e nutricional, prevenção e cuidado integral dos agravos relacionados à alimentação e nutrição da mulher e da criança;

III - aprimoramento e expansão dos programas de imunização e de triagem neonatal;

IV - identificação e controle da gestante de alto risco.

Art. 20. As operadoras de planos e seguros privados de saúde são obrigadas a garantir à pessoa com deficiência, no mínimo, todos os serviços e produtos ofertados aos demais clientes.

Art. 21. Quando esgotados os meios de atenção à saúde da pessoa com deficiência no local de residência, será prestado atendimento fora de domicílio, para fins de diagnóstico e de tratamento, garantidos o transporte e a

acomodação da pessoa com deficiência e de seu acompanhante.

Art. 23. São vedadas todas as formas de discriminação contra a pessoa com deficiência, inclusive por meio de cobrança de valores diferenciados por planos e seguros privados de saúde, em razão de sua condição.

Art. 26. Os casos de suspeita ou de confirmação de violência praticada contra a pessoa com deficiência serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade policial e ao Ministério Público, além dos Conselhos dos Direitos da Pessoa com Deficiência.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra a pessoa com deficiência qualquer ação ou omissão, praticada em local público ou privado, que lhe cause morte ou dano ou sofrimento físico ou psicológico.

Recorrendo a uma perfunctória leitura dos dispositivos legais acima reproduzidos, torna-se possível inferir convictamente que não cabe mais qualquer relutância à concessão de meios de que necessitem as pessoas com deficiência, para viabilizar o exercício de suas atividades triviais.

É inconteste que o Estado ocupa importante papel, dada a sua responsabilidade, fundada no dever de conceder o direito de acesso irrestrito e incondicionado à saúde aos seus jurisdicionados, como preconiza o art. 196 da Constituição Federal, sendo certo que as pessoas com deficiência, não carecem apenas da salvaguarda de seu direito à vida, mas da garantia de uma existência digna, subsumindo-se o extermínio do preconceito, da discriminação e da marginalização social, com que possam vir a se deparar estas pessoas.

Trazendo os anseios conclamados pelos direitos humanos, para aplicar-se a estas pessoas, infere-se que a garantia do direito a saúde, por ser extensão do direito à vida, assegurado constitucionalmente como direito fundamental (art. 6º.) não sobeja dúvida que é resguardado o direito de assistência integral, no âmbito da saúde, seja a curativa, preventiva, medicamentosa ou hospitalar, sob pena de atribuição de responsabilização a

quem der causa ao ato omissivo, penalizado sob espeque de violação a direito humano, transcendendo a órbita do direito interno brasileiro, portanto.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas com deficiência podem contar com um Estatuto para poder reivindicar seus direitos.

À sociedade, à família e ao Estado são impingidas imposições, que se transfiguram em obrigações atitudinais, de forma que, o que antes da entrada em vigor do mencionado Estatuto requeria a adoção de uma verdadeira técnica interpretativa ampliativa, ancorada por certo, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, após 05/01/2016 transmutou-se para a singela leitura do texto normativo, que dada a sua clareza e objetividade dispensa qualquer indução requintada.

A saúde, bem buscado por todas as pessoas, sedimentado pela significância de resguardo à existência digna, contemplada está pela proteção ao direito à vida, por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é concebida como fonte protetiva aos direitos de todas as pessoas, simultaneamente abriga as pessoas com deficiência.

Dessarte, à aludida categoria de pessoas é guardado o dever estatal na concessão de meios aptos para exercer seu direito à saúde, de maneira ampla, irrestrita e incondicionada, em observância ao texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3ª ed. rev. ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CAMPOS, Amini Haddad e; CORREA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2007.

BESSERMAN. – Ano 3, n. 3 (2006). – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. Disponível em [http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh\\_2006.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2006.pdf). Acesso: 19 mar 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. 14ª tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. **Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>>. Acesso em: 20 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CURIONI, Rossana Teresa. Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? **Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada** Bauru: EDITE, 2003.

DARÉ, Leticia Jean do Amaral Arantes. Direito à alimentação adequada como corolário do direito constitucional à saúde. *In*: GOTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**, 163-182, Birigui: Boreal Editora, 2008.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das Pessoas com Deficiência – garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ações afirmativas e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de**



**transformação social – a experiência dos Estados Unidos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

KOSOVSKI, Ester. **Minorias e discriminação:** direito das minorias. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana – Princípio Constitucional Fundamental.** Curitiba: Juruá, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

\_\_\_\_\_. **Temas de Direitos Humanos.** 2ª. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Max Limonad, 2003.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Roseana. **Direitos Humanos e Saúde.** Saúde e direitos humanos / Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. – Ano 3, n. 3 (2006). – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006. Disponível em <[http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh\\_2006.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/publicacoes/saude-e-direitos-humanos/pdf/sdh_2006.pdf)>. Acesso: 19 mar. 2012.

RAGAZZI, José Luiz; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direito fundamental à saúde: um enfoque histórico evolutivo *In*: GOTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**, 68-90, Birigui: Boreal Editora, 2008.

RAGAZZI, Ivana Aparecida Grizzo; SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca. Assistência integral à saúde da pessoa com deficiência: meios de efetivação do dever estatal. *In*: GOTTEMS, Claudinei J; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (orgs.). **Direitos Fundamentais – da normatização à efetividade nos 20 anos de Constituição Brasileira**, 140-162, Birigui: Boreal Editora, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Prefácio de Fábio Konder Comparato. São Paulo: Renovar, 2005, p. 42.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. Prefácio de José Sette Camara. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *In*: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 250:85-99. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a Constituição. *In*: MELO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

**A vida e o alcance jurídico dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico, v. 1520, p. 123-142, 2018.

**Portadores de deficiência e prestação jurisdicional**. Curitiba: Juruá Editora, 2018, 2ª. ed. revista e atualizada.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Apresentação e comentários de Jean-François Braunstein. Tradução de Maria Cristina Roveri Nagle e Iracema Gomes Soares. Brasília: Universidade de Brasília, 1989.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do Direito e direito constitucional. Tradução de Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WERNECK, Claudia. **Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva**. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

NOTAS:

[1] Terminologia questionada por SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09, vez que conceituar minorias é complexo, já que não condiz com um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros habitantes do país, estando em quantidade menor, em relação à população deste, devendo ser sopesada a realidade jurídica ante as conquistas modernas.

## **A APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO**

**RÔMULO THIAGO BRANTES:** Advogado. Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Machado Sobrinho. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista Granbery. Pós-Graduado em Advocacia Trabalhista pela Escola Superior de Advocacia - ESA da OAB/MG.

**TATIANA BHERING SERRADAS BON DE SOUSA ROXO**

(Orientadora)

**RESUMO:** Com o fito de privilegiar a segurança jurídica, o contraditório e a ampla defesa, a reforma trabalhista que entrou em vigor com o advento da Lei 6.787/16, acresceu à CLT o art. 855-A, que faz referência direta à aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao Processo do Trabalho, balizando sua aplicação nos moldes dos arts. 133 a 137 do CPC/15, sanando enorme controvérsia quanto à compatibilidade do referido instituto. Contudo, ao se confrontar os procedimentos cíveis inerentes ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica com os princípios basilares da Justiça do Trabalho, como o princípio da eficiência, da efetividade e da celeridade, há consideráveis contrariedades. O presente trabalho pretende lançar luz sobre o tema, identificando suas hipóteses de cabimento e analisando se de fato a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes previstos no CPC/2015, está de acordo com os princípios constitucionais norteadores da Justiça do Trabalho e até que ponto as teorias cíveis coadunam com os objetivos trabalhistas.

**Palavras-chave:** Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Teoria Menor. Teoria Maior. Proporcionalidade. Eficiência. Celeridade.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 3. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA JUSTIÇA DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS ENVOLVIDOS. 4. HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Ao pensar na aplicabilidade de normas originárias do direito civil na esfera trabalhista, é preciso ter em mente que o direito do trabalho é ramo especializado, com o nobre objetivo de regular a relação entre trabalho e capital, na promoção de um equilíbrio social e desenvolvimento econômico.

Com esse foco, o advento do Código de Processo Civil de 2015 provocou enorme discussão quanto à compatibilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto em seus arts. 133 a 137 no Processo do Trabalho, uma vez que até então a CLT era omissa.

A doutrina se dividia entre aqueles que entendiam pela incompatibilidade do instituto, com fundamento na lentidão e burocracia que o mesmo confere ao processo trabalhista, afetando diretamente seus princípios fundamentais como o da Proteção, Celeridade, Efetividade, entre outros; e aqueles favoráveis a sua compatibilidade, ao fundamento de que o incidente traz maior segurança jurídica para os sócios, privilegiando o princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

A Reforma Trabalhista advinda da Lei nº 6.787/16, optou pela segunda corrente e acrescentou à CLT o art. 855-A, que expressamente dispõe pela aplicação do incidente nos moldes cíveis ao processo do trabalho, sanando a omissão até então existente.

Contudo, o permissivo legal para utilização do incidente cível na esfera trabalhista por si só não dissipa os questionamentos quanto a sua real compatibilidade com os fundamentos da Justiça do Trabalho.

O presente trabalho, longe de esgotar o tema, pretende lançar luz sobre o mesmo, identificando se de fato a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, nos moldes previstos nos arts. 133 a 137 do CPC/15, está de acordo com os princípios constitucionais norteadores da Justiça do Trabalho, analisando suas hipóteses de cabimento e possível adequação à realidade trabalhista.

## 2. a personalidade jurídica na justiça do trabalho

Diante do importante papel que as empresas detêm no desenvolvimento econômico, eis que geradoras de emprego e capital, foi criado o instituto da personalidade jurídica, com o objetivo de incentivar a atividade econômica, conferindo distinção do patrimônio empresarial daquele de seus sócios.

Em regra, a empresa dotada de personalidade jurídica responde por suas obrigações com seus bens presentes e futuros, não havendo confusão do patrimônio desta com o de seus sócios.

Contudo, a proteção patrimonial conferida à personalidade jurídica não pode ser absoluta, tendo em vista a possibilidade de desvirtuação de seu instituto para prática de atos antissociais e fraudulentos.

Nas palavras de RUBENS REQUIÃO:

*"A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinam sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócios".(1993, p.283).*

O fato de que a personalidade jurídica por vezes seja utilizada como um manto que encobre a realidade, permitindo situações de abuso e impunidade, fez com que surgisse a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Em sua origem, a *disregard of legal entity* não pretende negar a separação da personalidade jurídica, mas sim preservar a integridade do instituto, impedindo sua utilização para fraudar credores e abusar de direito legítimo.

No desenvolvimento do tema, Doutrina e Jurisprudência criaram duas hipóteses de incidência, no que restou denominado Teoria Menor e Teoria Maior.

É o que nos ensina HILDA BAIÃO RAMÍREZ DELEITO:

*"Rolf Madaleno resume que a doutrina e jurisprudência se dividiram criando duas tendências de incidência da desconsideração da personalidade jurídica, subdividindo-se em uma denominada Teoria Menor da desconsideração em oposição à Teoria Maior. A primeira admite a desconsideração sempre que houver insatisfação do credor,*



*bastando que comprove a inexistência de bens sociais para redirecionar o seu crédito para algum sócio solvente, ao passo que a segunda teoria condiciona o afastamento da personalidade jurídica à manipulação fraudulenta ou abusiva da empresa, sem se confundir com atos de responsabilidade pessoal de sócio ou administrador por ato de má-administração (Teoria Ultra Vires)".(2017, p.41).*

Na Justiça do Trabalho, antes da Reforma Trabalhista, a CLT era omissa quanto à aplicação do incidente, e a jurisprudência, por analogia, valia-se do previsto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor para direcionar a execução aos sócios.

Com o advento do Código de Processo Civil 2015, parte da doutrina e jurisprudência entenderam pela aplicação subsidiária do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto em seus arts. 133 a 137 na esfera trabalhista, ao fundamento de que o afastamento da proteção patrimonial dos sócios, muitas vezes feita sem sequer uma citação, ia de encontro ao princípio do contraditório e ampla defesa, bem como mitigava o princípio da segurança jurídica.

O Professor ÉLISSON MIESSA, nos esclarece o tema:

*"Contudo, a doutrina não é pacífica acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes descritos no Novo CPC. Parcela majoritária entende que, apesar de haver omissão na CLT e na legislação trabalhista em relação à desconsideração da personalidade jurídica, o procedimento previsto no novel Código é incompatível com os princípios desta seara, razão pela qual não deveria ser aplicado ao processo do trabalho (CLT, art. 769). A incompatibilidade estaria configurada principalmente devido à adoção da teoria objetiva pelo processo do trabalho, à restrição da iniciativa do incidente à parte e ao Ministério Público, à suspensão do processo, ao contraditório prévio e ao recurso autônomo. Outra parcela sustenta que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no NCPC é plenamente*

*aplicável ao processo do trabalho, principalmente por valorizar os princípios do contraditório e da ampla defesa". (2016, p.117).*

Em fevereiro de 2016, a Corregedoria Geral de Justiça do Trabalho publicou em sua Consolidação de Provimentos \_ cujo objetivo é o disciplinamento de normas procedimentais aplicáveis no âmbito das Varas do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho \_ os arts. 78 e 79 que adequavam a aplicação do incidente aos moldes trabalhistas. *In verbis*:

*"Art. 78. Ao aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:*

*I - determinar a reautuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;*

*II - comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões na Justiça do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;*

*III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 795 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária.*

*Art. 79. Comprovada a inexistência de responsabilidade patrimonial do sócio por dívida da sociedade, mediante decisão transitada em julgado, o juiz que preside a execução determinará ao setor competente, imediatamente, o cancelamento da inscrição no cadastro das pessoas com*

*reclamações ou execuções trabalhistas em curso” (BRASIL, 2016).*

Como grande diferencial do procedimento cível destaca-se o prazo mais curto para defesa e a possibilidade de se atingir o patrimônio do sócio que se busca a responsabilização antes da efetivação do contraditório, que restaria postergado para a fase de embargos à execução.

Contudo, em março de 2016, no intuito de uniformizar a aplicação do novo *códex* na esfera trabalhista, em entendimento contrário à Consolidação de Provimientos, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Instrução Normativa nº 39/2016, que dispunha pela aplicabilidade do incidente nos exatos moldes previstos pelo arts. 133 a 137 do CPC no processo do trabalho.

Referido entendimento foi posteriormente abarcado pelo Projeto de Lei nº 6.787/16 – Reforma Trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, acrescentando à CLT o art. 855-A e preenchendo a omissão até então existente.

A Desconsideração da Personalidade Jurídica passou a ser exigida como um incidente processual, que deve ser formalmente requerido pela parte interessada, em qualquer fase processual, inclusive na propositura da demanda, e implica na citação do sócio do qual busca-se a responsabilização, sendo-lhe facultado prazo para oferecimento de defesa, com possibilidade de dilação probatória e suspensão dos autos principais.

Com a inclusão do supracitado artigo, a discussão sobre a aplicação ou não do incidente na seara trabalhista restou encerrada, contudo, tendo em vista a singularidade do ordenamento trabalhista, restou à doutrina e jurisprudência a análise quanto sua forma e aplicação.

3. o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do trabalho e os princípios envolvidos

A Justiça do Trabalho, como consuetudinário do Direito do Trabalho, é ramo especializado, composto por características próprias, que buscam regular as relações entre capital e trabalho.

Nas palavras de MAURÍCIO GODINHO DELGADO:

*"O Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na sociedade contemporânea. Seu estudo deve iniciar-se pela apresentação de suas características essenciais, permitindo ao analista uma imediata visualização de seus contornos próprios mais destacados". (2005, p.49).*

Devido à especialização que o tema requer, a Justiça do Trabalho detém princípios peculiares, como o Princípio da Celeridade, Proteção, da Finalidade Social, da Busca da Verdade Real, entre outros, que somados com os princípios gerais do direito, como o Princípio do Contraditório, da Ampla Defesa, Efetividade, Eficiência, formam o conjunto basilar do pensamento processual trabalhista.

Segundo ADRIANE BARBOSA OLIVEIRA:

*"O sistema processual trabalhista possui extensões nobres, por isso ele não pode ser analisado isoladamente, uma vez que se compõe por um conjunto de "normas, princípios, regras e instituições próprias", capaz de solucionar os conflitos coletivos, difusos e individuais decorrentes das relações de trabalho e emprego". (2014, p.7).*

Assim, o processo do trabalho deve buscar adequar seus procedimentos aos seus fins mais específicos, sem negligenciar normas basilares do direito processual constitucional.

A aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo Trabalhista encontrava bastante discussão justamente por trazer aparente conflito entre os Princípios da Celeridade, Efetividade e Eficiência, tão privilegiados na Justiça do Trabalho face ao caráter alimentar do crédito trabalhista, em relação aos Princípios da Ampla Defesa, Contraditório e Devido Processo Legal.

Sua utilização na esfera trabalhista limita o exercício do art. 878 da CLT, uma vez que cria obstáculos para que o Juiz não a decrete de ofício. Do mesmo modo, impõe maior lentidão ao processo, na medida em que suspende a execução e impede a postergação do contraditório, como anteriormente utilizado, exigindo

abertura de prazo para manifestação daquele sócio a quem se deseja a responsabilização.

Inegavelmente, sua aplicação altera os rumos processuais e traz consequências à celeridade e efetividade, exigidas na Justiça do Trabalho em decorrência do caráter alimentar do crédito trabalhista.

Em contraponto, traz uma segurança jurídica maior para os empreendedores, abre possibilidade de ampla defesa, inclusive com a produção de provas, conferindo o devido processo legal.

A Jurisprudência do colendo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, mesmo antes da reforma trabalhista, já se posicionava pela aplicação do incidente nos moldes cíveis, valendo-se do Princípio da Concordância Prática como elemento balizador para uma conciliação entre as normas constitucionais conflituosas. Nessa perspectiva:

*“INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ARTS. 133 A 137 DO NOVO CPC. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO CONFORME O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Os princípios da eficiência, da efetividade e da celeridade, que se destacam no processo do trabalho, não se sobrepõem aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, assim como estes não se sobrepõem àqueles. **Como se tratam de normas constitucionais, em relação às quais não há hierarquia, elas devem ser conciliadas mediante recurso ao princípio da concordância prática, segundo o qual na solução de conflitos entre direitos fundamentais deve ser adotada, por meio do princípio da proporcionalidade, a interpretação que confira maior eficácia às normas em colisão.** Nessa perspectiva, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto pelos arts. 133 a 137 do novo CPC, é indubitavelmente compatível com o processo do trabalho, pois é necessário e adequado à eficácia do princípio do devido processo legal no âmbito do processo laboral, na medida em que reforça o âmbito de proteção dos*

*direitos ao contraditório e à ampla defesa sem infligir prejuízos significativos aos princípios processuais da eficiência, da efetividade e da celeridade. Assim, sua incidência no processo do trabalho encontra amparo não só nas disposições do art. 769 da CLT, do art. 9º, caput, do novo CPC, e do art. 6º da Instrução Normativa n.º 39/16 do TST, mas também no princípio da proporcionalidade". (Pje 0010290-45.2017.5.03.0107. Disponibilização: 25/09/2017. Órgão Julgador: Décima Turma. TRT3. Relatora: Taisa Maria M. de Lima) Grifo nosso.*

O Princípio da Concordância Prática foi desenvolvido por HESSE como corolário lógico do Princípio da Unidade Constitucional, sendo costumeiramente utilizado como mecanismo conciliatório de direitos fundamentais aparentemente conflitantes.

Segundo HILDA BAIÃO RAMÍREZ DELEITO:

*"A unidade hierárquico-normativa da Constituição também significa que todas as regras ali contidas têm igual dignidade. A unidade da Carta Magna exige dos magistrados e operadores do Direito a compreensão da coerência narrativa, ou seja, ler e interpretar a Constituição como se fosse obra de um só autor. O princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação ao outro." (2017, p. 174).*

Por este viés, a aplicação de uma norma constitucional deve estar em harmonia com a totalidade das normas constitucionais, de modo que sua interpretação deve evitar contradições entre elas.

Foi com essas considerações \_ apoiadas também no Princípio da Proporcionalidade \_ que o legislador optou por reproduzir o entendimento jurisprudencial e inserir na CLT o art. 855-A que expressamente pôs fim a celeuma quanto à aplicação ou não do incidente nos moldes dos arts. 133 a 137 do CPC.



A opção legislativa foi então por trazer maior segurança jurídica para os sócios das empresas e exigir a abertura de um incidente que permita oportunidade para produção de provas e afirmação do contraditório, também na esfera trabalhista, não obstante o caráter alimentar dos créditos por esta tutelados.

#### 4. HIPÓTESES DE DESCONSIDERAÇÃO E A JUSTIÇA DO TRABALHO

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto no CPC e adotado na Justiça do Trabalho por força do art. 855-A da CLT, apenas regula o modo de aplicação processual, sem cuidar das hipóteses de cabimento, pelo que necessário esmiuçar os fatos ensejadores de sua decretação.

Em breve síntese, os estudos sobre o tema levaram a formulação de duas hipóteses de cabimento: a Teoria Maior, que subdivide-se em Subjetiva e Objetiva, sendo aquela decorrente do desvio ou abuso da função da personalidade jurídica para cometimento de fraudes, enquanto esta decorrente de confusão patrimonial entre sócios e empresa; e a Teoria Menor, ainda mais excepcional, cuja aplicação decorre da mera insuficiência patrimonial da pessoa jurídica.

No que tange a Teoria Maior, sua aplicação na Justiça do Trabalho segue a Justiça Cível e não guarda discussão. Embora a prova seja por vezes de difícil produção, efetivamente demonstrado a existência da fraude, levanta-se o véu de proteção patrimonial da pessoa jurídica.

Nesse sentido:

*“Pela formulação subjetiva, os elementos autorizadores da desconsideração são a fraude e o abuso de direito; pela objetiva, a confusão patrimonial. A importância dessa diferença está ligada à facilitação da prova em juízo.” (COELHO, 2012, Vol.2, p.56).*

Na opinião de FABIO ULHOA COELHO, por tratar-se de excepcionalidade, sua incidência deveria se dar apenas quando houver demonstrado abuso da proteção patrimonial da pessoa jurídica :

*“Os casos em que o juiz está autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade empresária são os de*

*manipulação fraudulenta da técnica de segregação de riscos (concepção subjetiva da teoria) ou a confusão de patrimônios ou de objetivos (concepção objetiva). A desconsideração da personalidade jurídica não significa, portanto, a negação da autonomia patrimonial ou questionamento de sua importância para o regular funcionamento da economia, em proveito de todos. Apenas quando presente um de seus pressupostos (fraude, confusão patrimonial etc.) é que o juiz pode desconsiderar a autonomia patrimonial da sociedade empresária.” (2012, Vol.1, p.71).*

Em que pese ser historicamente aplicada na Justiça do Trabalho, a Teoria Menor ainda encontra alguma oposição, ao fundamento de que sua utilização em casos de mera inadimplência nas obrigações trabalhistas constitui óbice à livre iniciativa e à propriedade privada, num viés tipicamente capitalista.

HILDA BAIÃO RAMÍREZ DELEITO defende que o direito deve procurar meios para garantir o retorno do investimento, delimitando o risco do empreendimento de modo a incentivar a produtividade e desestimular práticas fraudulentas.

Em sua visão, a Teoria Menor não representa uma evolução da *disregard of legal entity*, ao contrário, seria radicalmente diversa, vez que, mesmo nos moldes do CPC, sua aplicação seria negar segurança à diferenciação da personalidade jurídica da personalidade dos sócios.

FÁBIO ULHOA COELHO ainda completa:

*“Essa aplicação incorreta reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Nela, adota-se o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas. De acordo com esta distorção, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A aplicação apressada da teoria não se*

*preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma.” (2012, Vol. 2, p.57).*

Em resumo, parte da doutrina sustenta que a proteção patrimonial da personalidade jurídica só deveria ser afastada no caso de desvio da função social da empresa mediante fraude ou abuso.

Todavia, este entendimento parece colocar os princípios que embasam a proteção patrimonial da personalidade jurídica acima dos princípios e objetivos particulares da Justiça do Trabalho, jogando por terra o próprio Princípio da Proporcionalidade e da Concórdância Prática que fundamentaram a incidência do instituto na esfera trabalhista.

Se é preciso combinar os princípios constitucionais em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de um deles em relação ao outro, desprestigiar o caráter alimentar do crédito trabalhista e desautorizar a Teoria Menor na Justiça do Trabalho seria negar por completo a eficiência, efetividade e celeridade que lhe são fundamentais.

Isto porque, o objetivo da Justiça do Trabalho é intermediar os conflitos decorrentes das relações trabalhistas, exercendo importante função social ao equilibrar polos diametralmente tão diferentes e interdependentes.

Esta é a função social da Justiça do Trabalho:

*“A posição e compreensão mais abrangente é de que a função social do Direito do Trabalho está alicerçada na sua Justiça do Trabalho que busca inteiramente e com eficiência ofertar prestação jurisdicional menos formal e onerosa, mais rápida ao trabalhador. Para amparar e suportar esse objetivo, o processo do trabalho é mais informal, predominando a palavra oral sobre a palavra escrita. Seus princípios buscam a obtenção da rapidez processual para que a tutela jurisdicional seja prestada rápida e eficazmente. Esse é um reflexo do amparo à classe trabalhadora hipossuficiente, defendendo o caráter alimentar do salário (única forma de sobrevivência do empregado e sua família)*

*e proporcionando o equilíbrio com a classe patronal.” (OLIVEIRA, 2009).*

Não se pode perder de vista que o *“trabalho não é apenas o meio de subsistência do trabalhador, mas o sustento da vida social e o suporte de toda a produção de bens e serviços necessários à sua existência.”* (SILVA, 2006, p.48).

E é justamente em função do caráter alimentar do crédito trabalhista que seu inadimplemento pode ser definido como uma espécie de desvio/abuso na função social da personalidade jurídica, autorizando a responsabilização dos sócios.

Por estas razões, mesmo após a reforma trabalhista e a utilização do incidente nos moldes processuais cíveis, a jurisprudência tem se mantido favorável a responsabilização objetiva dos sócios quando o patrimônio empresarial restar insuficiente para a quitação do crédito trabalhista:

*“[...] Alegam os Embargantes que não podem ser responsabilizados com seus bens próprios pelo débito a 1ª Executada. Asseveram que não foram preenchidos os requisitos necessários para respaldar desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que não há nos presentes autos nenhuma notícia de fraude, dolo, simulação ou ilegalidade manifesta praticada que justificasse a aplicação da regra contida no artigo 50 do Código Civil.*

*Mais uma vez sem razão os Embargantes.*

***A responsabilidade dos sócios na Justiça Trabalhista é objetiva, portanto, estes respondem com seus respectivos patrimônios no caso de descumprimento de obrigações trabalhistas, não sendo necessário o preenchimento do requisito do art. 50 do C.C para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa (mau uso da pessoa jurídica), bastando o inadimplemento da obrigação determinada ou a constatação de inexistência de bens da empresa.***

*Tem-se que a própria existência de ação de recuperação judicial da empresa executada demonstra que esta não dispõe de meios para solver a execução.*

*Rejeitam-se mais estes pedidos. [...]”* (Pje 0011587-25.2016.5.03.0042, Relator Convocado Helder Vasconcelos Guimarães, Data de Julgamento 04/07/2018, 11ª Turma, Data da Publicação: DEJT 13/07/2018). Grifo nosso.

Se a Justiça do Trabalho, em razão de sua especificidade, legitima a Teoria Menor, em uma hipótese que excepciona a regra geral, em que pese a diferenciação entre direito material e processual, o mesmo pode ser conferido ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, adequando seus procedimentos à realidade trabalhista, de modo que sua aplicabilidade não importe em afastamento de seus princípios fundamentais.

## 5. CONCLUSÃO

O artigo 855-A da CLT, incluído pela reforma trabalhista que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, pôs fim a discussão se o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do CPC/2015 seria aplicável ao Processo do Trabalho.

A expressa menção celetista ao instituto cível buscou garantir maior segurança jurídica aos sócios da empresa reclamada, haja vista que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser precedida de um incidente processual que oportunize possibilidade de defesa e produção de provas.

O legislador optou por mitigar os princípios processuais da Eficiência, Efetividade e Celeridade, habitualmente mais destacados na Justiça do Trabalho, em privilégio aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, valendo-se para isso de um juízo de proporcionalidade e adequação à unidade constitucional.

Contudo, sua aplicação não pode servir de entrave para a obtenção do crédito trabalhista ou justificativa para seu inadimplemento.

Não parece crível que o trabalhador tenha que dividir os riscos do empreendimento quando não faz jus aos lucros do negócio, sendo

demasiadamente forçado impor que suporte a inadimplência salarial pelo insucesso empresarial.

Aquele que entregou sua força produtiva tem a expectativa legítima de receber sua contraprestação, cujo caráter alimentar é inegável, cabendo a Justiça do Trabalho viabilizar meios de garantir esse recebimento.

É com esse intento que a responsabilidade dos sócios na esfera trabalhista é objetiva, bastando a inexistência de bens da empresa reclamada para decretar a desconsideração da personalidade jurídica.

A Teoria Menor guarda aplicabilidade no Direito do Trabalho justamente em função da especificidade de seu ordenamento e do caráter alimentar do crédito trabalhista.

Não se pode perder de vista que a Justiça do Trabalho exerce importante função social de pacificação e promoção do desenvolvimento humano e econômico, porquanto tem por objetivo solucionar os conflitos decorrentes da relação de trabalho.

E tratando-se de lides com partes tão desiguais \_ de um lado o poder Capital e do outro a hipossuficiência laboral \_ o direito processual precisa respeitar as características irrenunciáveis do Direito do Trabalho, como as decorrentes do Princípio da Proteção e Efetividade, para inibir o abuso do poder econômico e permitir ferramentas para minimizar as desigualdades sociais.

Por esta razão, não obstante o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica conferir maior segurança jurídica e permitir o contraditório e a ampla defesa aos sócios a quem se busca responsabilizar, seus procedimentos requerem adequação à realidade trabalhista, sob pena de tornar os Princípios da Eficiência, Efetividade e Celeridade meras construções doutrinárias.

Sua aplicação nos exatos moldes cíveis causa inegável lentidão ao processo trabalhista, na medida em que suspende os atos executórios, restringe sua iniciativa a requerimento das partes e impõe, inclusive, recurso autônomo.

Portanto, para que se preserve os objetivos fundamentais da Justiça do Trabalho, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica deve



necessariamente se adequar à realidade trabalhista, de modo que, em função de sua especificidade, além de abarcar a Teoria Menor, permita a continuidade dos atos executórios.

O entendimento entabulado pela Corregedoria Geral de Justiça do Trabalho quando da edição da Consolidação dos Procedimentos, parece-me mais adequado às particularidades da justiça do trabalho, uma vez que privilegia a satisfação do crédito trabalhista, de inegável natureza alimentar, conferindo procedimentos mais rápidos e eficazes, sem afastar por completo os demais princípios constitucionais.

Postergar o contraditório para os embargos de execução, permitindo-se a continuidade dos atos expropriatórios, confere maior possibilidade de satisfação do crédito trabalhista, em menor espaço de tempo, sem impor gravame exagerado aos sócios, que mantém seu direito de defesa quanto aos pressupostos ensejadores da desconsideração da personalidade jurídica.

Desse modo, sem mitigar o Contraditório e a Ampla Defesa, garante-se a Eficiência, Celeridade e Efetividade do processo trabalhista, privilegiando seus objetivos fundamentais, em uma aplicação mais efetiva do Princípio da Proporcionalidade e da Concordância Prática.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Notícias. *Estatísticas revelam que fase de execução dos processos desafia Poder Judiciário*. Disponível em . Acesso em: 05 abr. 2018

BRASIL. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. *Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, fev 2016. Disponível em: . Acesso em 08 set. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 00100290-45.5.03.0107(AP). Relatora: Taisa Maria Macena de Lima, Julgado em 20/09/2017. Disponível em: . Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Agravo de Petição. Processo nº 0011587-25.2016.5.03.0042 (AP), Relator Convocado Helder

Vasconcelos Guimarães, Data de Julgamento 04/07/2018, 11ª Turma, Data da Publicação: DEJT 13/07/2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 4ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Minas Gerais. Processo n.º 0011360-13.2017.5.03.0038, Juiz Leverson Bastos Dutra, Data de Julgamento 23/08/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução nº 203, de 15 de Março de 2016*. Brasília, DF, mar 2016. Disponível em . Acesso em 08 set. 2018.

BRITEZ. Sandro Gill. *Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações na execução no processo do trabalho*. Disponível em . Acesso em: 03 abr. 2018

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Desconsideração da personalidade jurídica : aspectos processuais*. 2ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial* – Vol.1. Saraiva. 2012

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial* – Vol.2. Saraiva. 2012

DELEITO, Hilda Baião Ramírez. *A desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho*. Editora Appris. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo-SP. , 4ª Ed. Editora LTr, 2005

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo- SP. 15ª ed. Revisto e Ampliado. Editora LTr, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil I* – São Paulo. Jus Podivm. 17ª Ed. 2015

MIESSA, Élisson. *Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica: Forma de Aplicação no Direito Processual do Trabalho*. Disponível em . Acesso em: 03 abr. 2018.

OLIVEIRA, Adriane Barbosa. *O Processo do Trabalho e a Execução Trabalhista com o Auxílio dos Mecanismos Tecnológicos*. Disponível em . Acesso em: 05 abr. 2018.

OLIVEIRA, Andre Gustavo Moraes de. *O Direito do Trabalho, sua função social e o objetivo do Direito processual do trabalho*. Disponível em . Acesso em: 10 abr. 2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito do Trabalho*. 4ª Ed. São Paulo: LTr. 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013.