

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 988

(Ano XII)

(27/11/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

## Conselho Editorial

**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF):** Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

**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.

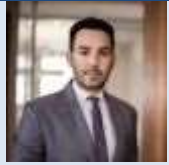
**CAMILA ALENCAR COIMBRA:** Bacharelada em Jornalismo. Colaboradora em editoração.

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

### COLUNISTA DA SEMANA



#### **Nova Previdência faz um ano: aniversário que não merece festa**

*João Badari, 07.*

### ARTIGOS

#### **Análise a respeito das horas in itinere e os efeitos de sua extinção, a partir da reforma trabalhista.**

*Livia Martins Vieira, 12.*

#### **A influência da APAC na recuperação do apenado e seus benefícios para o estado e a sociedade**

*Noel Luiz de Freitas, 31.*

#### **Direito à saúde e a cláusula da reserva do possível no âmbito da Defensoria Pública da União**

*Eduardo de Oliveira, 53.*

#### **O sistema de cotas raciais nas universidades públicas brasileiras como instrumento de igualdade, inclusão e justiça social**

*Larissa do Nascimento Pinheiro, 75.*

#### **Vantagens e segurança jurídica dos contratos antenupciais no casamento**

*Luciana Lopes da Silva, 83.*

#### **Direito de família: multiparentalidade e seus efeitos jurídicos**

*Valeria Batista Carreiro, 100.*

#### **Interceptação telefônica como meio de prova**

*Hulda Dib Bastos Esteves, 122.*

#### **A lei de alienação parental e suas novas perspectivas**

*Ana Karollyne Pereira Cavalcante, 139.*

#### **(In)viabilidade do imposto sobre grandes fortunas no Brasil**

*Vania Pereira Borges, 157.*

#### **Paradgmas do direito ao esquecimento no direito brasileiro**

*Bianca de Brito Silva da Costa e Erivan Alves de Sousa, 173.*

**O erro judicial e responsabilidade civil do Estado – a correlação com os princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade**

*Daniel Carvalho Oliveira, 191.*

**Os alcances da multiparentalidade socioafetiva no direito sucessório**

*Fernanda Costa Beserra e Carolina Imperes Araújo, 201.*

**Responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento pátrio**

*Elayne de Assis Rodrigues, 228.*

**A responsabilidade pós-contratual à luz dos princípios que regem a relação jurídica dos contratos**

*Daliane Natércia Santos Viégas, 247.*

**Assédio sexual nas relações trabalhistas: suas incidências e perspectivas**

*Giesy Marinho Ispier, 261.*

**Direito Sistêmico: Uma Nova Consciência Jurídica**

*Iolanda Batista Benvindo, 279.*

**Feminicídio e Lei Maria da Penha, o aumento da violência doméstica no período da pandemia**

*Danniele Vieira Nascimento Lins, 302.*

**Diferenças básicas entre impostos e taxas**

*Ricardo Oliveira Freaza Garcia, 327.*

**A (in)capacidade) como requisito legal previdenciário e as evidências demandadas pelo INSS: teoria e prática**

*Morgana Fernandes Lima, 336.*

**O trabalho como ferramenta essencial para a ressocialização no Sistema Prisional**

*Ianca Márcia de Araújo Simões, 348.*

**A redução da maioria penal: ineficácia das medidas socioeducativas e a falta de políticas de ressocialização**

*Rayfran Castro e Castro, 367.*

**Lei 13.786/18: Uma Análise dos Impactos da Norma Quanto a Resolução Contratual na Aquisição de Imóveis em Parcelamento de Solo Urbano.**

*Fernando Coêlho da Costa, 382.*

**Processo administrativo tributário: o procedimento não contencioso no ITCD do estado do Tocantins**

*Matheus Ximenes de Sousa, 395.*

**Publicidade não sinalizada nas mídias sociais: os danos que essa prática causa nas relações de consumo**

*Pedro Henrique Batista Evelyn, 409.*

**A aplicação da Lei 12.318/2010 em nosso ordenamento jurídico ante a proteção integral da criança.**

*Nathalya Nunes do Vale, 426.*

**Assédio moral no ambiente de trabalho e a dificuldade probatória do ofendido**

*Flávia de Fátima Moraes Pontes, 448.*

**Alienação parental: o empenho do estado para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente**

*Andressa Soraya T. Paiva, 467.*

**Responsabilidade civil do estado por omissão da segurança pública: omissão da segurança pública em casos de bala perdida**

*Thatiana dos Santos Pontes, 484.*

**A criminalização de usuários de drogas no Brasil**

*Thalita da Silva Santos, 506.*

**Impactos Ambientais Causados pela Agricultura Intensiva e a Tutela do Estado**

*Cristiane do Nascimento Rocha, 526.*

**A influência das mídias sobre as sentenças de filicídio no Brasil**

*Marina Giansante Rêgo Brito, 543.*

**Diminuição efetiva da violência contra a mulher: desafios na lei de feminicídio**

*Vitória da Costa Moura, 556.*

**O princípio da eficiência na perspectiva do concurso público**

*Andressa de Oliveira Santos, 567.*

**A impenhorabilidade da pequena propriedade rural**

*Marcela Theodoro dos Santos, 596.*

**A dignidade da pessoa humana por meio da judicialização do acesso à saúde frente à reserva do possível.**

*Kevin Tavares Alves, 621.*

**Direito dos Animais: Regulamentação no Brasil.**

*Elisangela Peres, 643.*

**A importância da representatividade sindical nas negociações coletivas após a reforma trabalhista**

*Michele Brandão Coelho, 662.*

**Diretivas antecipadas de vontade e a necessidade de sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro**

*Daiana Mathias, 680.*

**As redes sociais, a proteção dos dados pessoais e os limites da intervenção judicial**

*Beatriz Horrayne da Silva Motta e Vania da Silva Macedo, 694.*

**O princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo digitais**

*Eric Philip das Chagas Hounsell, 709.*

**Eficácia da Lei 12.990/14 e sua evidente subjetividade no caso em concreto.**

*Antonino Machado da Silva Junior, 721.*

**Criminal Compliance: prevenção penal privada dos crimes de lavagem de dinheiro no Brasil**

*Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, 728.*

**A defesa dos direitos e dignidade dos animais não-humanos do ordenamento jurídico brasileiro.**

*Maria Mariana Souza Cavalcante, 746.*

**Violência obstétrica: consequências e responsabilidade do estado do Tocantins na reparação dos danos decorrentes**

*Layslla da Silva Costa, 765.*

**Maternidade atrás das grades**

*Heraldo Junior, 795.*

**Homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito**

*Stefany Simone Seabra de Oliveira, 808.*

**O princípio da dignidade humana e a injúria virtual perante a justiça brasileira**

*Alonso Ramos da Silva Júnior, 827.*

**Castração química para reincidentes em crimes contra a liberdade sexual: inconstitucionalidade e ineficácia da aplicação do projeto de lei nº 3.127, de 2019**

*Aryella Rocha Castro, 848.*

**Relação homoafetiva e a Lei Maria da Penha: uma análise da aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito das relações homoafetivas entre mulheres**

*Edith Even da Fé Batista Coelho, 867.*

**Responsabilidade civil na infidelidade conjugal**

*Renato Nascimento Lessa, 885.*

**Responsabilidade civil dos influenciadores digitais**

*Daniel Teixeira da Silva, 906.*

**Análise dogmática e jurisprudencial dos limites da busca e apreensão de bens de terceiros não especificados no mandado à luz da jurisprudência do STJ e STF**

*Jéssica Cavalcanti Barros Ribeiro e Guilherme Sabino Nascimento Sidrônio de Santana, 927.*

**A relevância do controle judicial dos atos administrativos no caso do "apagão" no estado do Amapá**

*Elder Soares da Silva Calheiros, 945.*

**Imposto sobre a propriedade de veículos automotores: uma análise crítica às decisões do Supremo Tribunal Federal**

*Ricardo Oliveira Freaza Garcia, 949.*

## **NOVA PREVIDÊNCIA FAZ UM ANO: ANIVERSÁRIO QUE NÃO MERECE FESTA**

**JOÃO BADARI:** advogado especialista em Direito Previdenciário e sócio do escritório Aith, Badari e Luchin Advogados.

Neste mês de novembro faz um ano que foi aprovada a reforma da Previdência, por meio da Emenda Constitucional 103. Com a promulgação do Governo Federal, muitas regras previdenciárias mudaram e os trabalhadores, segurados do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), além de desconhecerem muitas delas, estão sofrendo com a dificuldade de acesso aos benefícios, como a aposentadoria.

A chamada Nova Previdência passou a vigorar desde o dia 13 de novembro do ano de 2019 e, sem dúvidas, os pontos mais prejudiciais da reforma foi a extinção da aposentadoria por tempo de contribuição, pela criação de uma idade mínima e também as novas formas de calcular o benefício.

Neste ano de 2020 algumas regras transitórias já sofreram modificações, e novamente irão mudar em 2021, implicando na concessão dos benefícios.

Um dos pontos de principal discussão foi o final da aposentadoria por tempo de contribuição, com a criação da idade mínima para se aposentar. No Regime Geral da Previdência Social (RGPS) a regra geral de aposentadoria passou a exigir, das mulheres, pelo menos 62 anos de idade e 15 anos de contribuição. No caso dos homens, 65 anos de idade e 20 anos de contribuição. O tempo de contribuição mínimo permaneceu em 15 anos somente para os homens que estiverem filiados ao RGPS antes de 13/11/2019.

No RPPS da União, a nova regra geral exige 62 anos de idade para mulheres e 65 para os homens, com pelo menos 25 anos de contribuição, 10 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria.

Para os professores, por exemplo, são 25 anos de contribuição e idade mínima de 57 anos, para as mulheres, e de 60 anos para os homens. Essa regra somente se aplicará aos professores que comprovarem, exclusivamente, tempo de efetivo exercício nas funções de magistério na educação infantil, no ensino fundamental ou no ensino médio.

Policiais, tanto homens quanto mulheres, podem se aposentar aos 55 anos de idade, desde que tenham 30 anos contribuição e 25 anos de efetivo exercício da função. Essa regra se aplica aos cargos de agente penitenciário, agente



socioeducativo, policial legislativo, policial federal, policial rodoviário federal, policial ferroviário federal e policial civil do Distrito Federal.

Já em relação ao cálculo do benefício, pelas regras trazidas com a Nova Previdência não são mais desconsiderados os 20% menores salários de contribuição e também não há a incidência do fator previdenciário. Os benefícios têm o cálculo inicial de 60% da média dos salários de contribuição posteriores a julho de 1994 e têm um acréscimo de 2% ao ano trabalhado a partir do 15º ano para mulheres e do 20º ano para homens. Ex: mulher com 18 anos de contribuição terá um coeficiente de 66%, homem com 25 anos de contribuição terá um redutor de 30%. O percentual do benefício recebido poderá ultrapassar 100% para mulheres que contribuírem por mais de 35 anos e para homens que contribuírem por mais de 40 anos – sempre limitado ao teto do RGPS.

Para os servidores públicos federais que ingressaram na carreira a partir de 1º de janeiro de 2004, o cálculo do benefício será semelhante ao do Regime Geral. Já para os que ingressaram no serviço público até 31 de dezembro de 2003, ficará mantida a integralidade, ou seja, o valor da aposentadoria será o do último salário, desde que atendidos os requisitos das regras de transição.

As regras de transição são o foco das principais dúvidas dos trabalhadores que pretendem dar início ao processo de aposentadoria. Importante ressaltar que o trabalhador que já tinha cumprido os requisitos de aposentar-se até 13 de novembro de 2019 pode utilizar as regras antigas, pois o direito adquirido foi preservado.

Vale então explicar cada regra e ponto de transição:

- Transição por sistema de pontos - Essa regra soma o tempo de contribuição com a idade. Mulheres podem se aposentar a partir de 87 pontos e homens, de 97, em 2020. O tempo mínimo obrigatório de contribuição é de 30 anos, para mulheres, e de 35 anos, para homens. A cada ano será exigido um ponto a mais, chegando a 105 pontos para os homens, em 2028, e 100 pontos para as mulheres, em 2033.

Para professores ocorre um decréscimo de 5 anos, ou seja, as professoras podem pedir aposentadoria a partir da soma de 82 pontos, desde que tenham o mínimo de 25 anos de contribuição, e os professores, com 92 pontos e, no mínimo, 30 anos de contribuição. Os pontos subirão até 92, para elas, e até 100, para eles.

- Transição por tempo de contribuição e idade mínima - As mulheres podem se aposentar aos 56 anos e 6 meses, com pelo menos 30 anos de contribuição. Já para os homens, a idade mínima será de 61 anos e 6 meses com pelo menos 35 anos de contribuição. A idade mínima exigida subiu seis meses a cada ano, até chegar aos

62 anos de idade para elas, em 2031, e aos 65 anos de idade para eles, em 2027. Professores têm redução de 5 anos na idade e tempo de contribuição.

- Pedágio de 50% - As mulheres com mais de 28 anos de contribuição e os homens com mais de 33 anos de contribuição podem escolher pela aposentadoria sem idade mínima, desde que cumpram um pedágio de 50% sobre o tempo mínimo que faltava para se aposentar (30 anos para as mulheres e 35 anos para os homens). Por exemplo, homem com 34 anos de contribuição deverá trabalhar por mais 1 ano e 6 meses. Neste caso não se aplica os 60% para a realização do cálculo, e sim o fator previdenciário (exceção).

- Pedágio de 100% - Essa regra estabelece uma idade mínima e um pedágio de 100% do tempo que faltava para atingir o mínimo exigido de contribuição. Para mulheres, a idade mínima é de 57 anos e, para homens, de 60 anos. Por exemplo, uma mulher de 57 anos de idade e 27 anos de contribuição terá de trabalhar mais seis anos. Para trabalhadores vinculados ao RGPS, o valor da aposentadoria é de 100% da média de todos os salários de contribuição desde julho de 1994 (não haverá o redutor de 60% mais 2% a cada anos contribuído à partir de 15 ou 20 anos). Professores têm a redução de 5 anos.

- Servidores da União - Transição por sistema de pontos e idade mínima - podem se aposentar pelo sistema de pontos, também cumprindo 87 pontos para mulheres e 97 pontos para homens, desde que cumpram também o requisito de idade mínima, que começou em 2019 em 56 anos para as mulheres e em 61 anos para os homens, passando para 57 e 62 anos, respectivamente, em 2022. A cada ano será exigido mais um ponto, chegando a 105 para os homens, em 2028, e a 100 para as mulheres, em 2033.

O tempo de contribuição mínimo será de 30 anos, para servidoras, e de 35 anos para servidores. Todos devem ter, pelo menos, 20 anos de serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria. Podem se aposentar com o valor integral do último salário na ativa as mulheres que tiverem completado 62 anos e os homens a partir dos 65 anos, desde que tenham ingressado na carreira até 31 de dezembro de 2003.

Os servidores que tiverem ingressado a partir de 2004, o cálculo seguirá a regra geral da Nova Previdência: 60% da média de todas as contribuições mais dois pontos percentuais a cada ano de contribuição que exceder 20 anos (tanto homens quanto mulheres). Professores têm redução de 5 anos, como no RGPS.

Já a transição com idade mínima e pedágio de 100% permite que o servidor se aposente desde que cumpra em dobro o tempo que falta para se aposentar e

tenha atingido a idade mínima. Para servidoras, a idade mínima será de 57 anos e para os servidores, de 60 anos. Também é necessário comprovar 20 anos no serviço público e 5 anos no cargo em que se dará a aposentadoria. O benefício será equivalente à última remuneração, para quem tiver ingressado na carreira até 31 de dezembro de 2003, ou a 100% da média de todos os salários desde julho de 1994, para os que ingressaram a partir de 2004. Professores têm redução de cinco anos na idade e no tempo de contribuição, como no RGPS.

Outro ponto polêmico foi a mudança na pensão por morte. De acordo com as novas regras, o pagamento é de 50% do valor da aposentadoria acrescido de 10% para cada dependente. Para os dependentes inválidos ou com deficiência grave, o pagamento é de 100% do valor da aposentadoria no Regime Geral, sem exceder o teto. No caso de servidores públicos da União, do valor que exceder o teto é pago 50% mais 10% por dependente. Cônjuges ou companheiros de policiais e de agentes penitenciários que morrerem por agressão sofrida em decorrência do trabalho têm direito à pensão integral.

O cálculo da pensão foi extremamente penoso na maioria dos casos, pois além de não ser mais integral, é aplicada a proporcionalidade pelo número de dependentes. Cito como exemplo um trabalhador que tinha 10 anos de contribuição, e como dependentes a esposa e um filho. Caso venha a falecer, o benefício será de 60%, e posteriormente ainda vai ser multiplicado por 70%. Uma dupla redução, trazendo uma pensão com valor inferior a metade do anterior.

Outro ponto de destaque foi o limite e acúmulo de benefício. Nos casos em que a lei permitir acúmulo de benefício, são pagos 100% do benefício de maior valor a que a pessoa tem direito, mais um percentual da soma dos demais.

Esse percentual vai variar da seguinte forma: 100% do valor até um salário mínimo; 60% do valor que estiver entre um e dois salários mínimos; 40% do que estiver entre dois e três salários; 20% entre três e quatro salários mínimos; 10% do que ultrapassar quatro salários mínimos.

A aposentadoria especial também foi afetada e prejudicou trabalhadores em contato com agentes cancerígenos, como, por exemplo, combustíveis, agrotóxicos, minérios e a radiação presente em laboratórios de raio X, entre outros. Conforme as novas regras aprovadas pela reforma da Previdência, os critérios para alcançar o direito à aposentadoria especial variam conforme o grau de periculosidade do trabalho. Homens e mulheres necessitam completar 60 anos de idade mais 25 anos de tempo especial em atividade de menor risco; 58 de idade mais 20 anos de tempo especial para o médio risco; e 55 anos de idade mais 15 anos de tempo especial para atividades de maior risco.

A reforma completa seu primeiro ano de aniversário, porém os trabalhadores não possuem motivo para comemorarem sua aprovação. Benefícios foram reduzidos e os obstáculos para dar entrada na aposentadoria ficaram maiores. O sonho do trabalhador que pretende alcançar a aposentadoria ficou mais distante. Mais tempo de trabalho e contribuição aos sofreres da Previdência, com direitos reduzidos. Era uma reforma necessária, sem dúvidas, mas não atingiu a justiça social de um país continental como o Brasil.

## **ANÁLISE A RESPEITO DAS HORAS *IN ITINERE* E OS EFEITOS DE SUA EXTINÇÃO, A PARTIR DA REFORMA TRABALHISTA.**

**LÍVIA MARTINS VIEIRA:** Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo destacar os efeitos trazidos pela extinção das horas *in itinere* a partir da reforma trabalhista, trazida pela Lei 13.467/2017. Para isso, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica, pelo método hipotético dedutivo, com pesquisas a jurisprudências, leis e artigos. Dessa forma, expõe-se uma definição sobre o conceito de jornada do trabalho e em seguida um comparativo de como era anteriormente, demonstrando os conceitos e requisitos para a configuração das horas *in itinere* e como ficou a legislação após a sua extinção. A respeito da aplicabilidade desse direito, são trazidos diversos elementos exemplificativos ao caso concreto, traçando aspectos jurisprudenciais e doutrinários que em conjunto demonstram os possíveis efeitos decorrentes da extinção desse direito, trazendo aspectos negativos para os empregados. Conclui-se que a extinção das horas *in itinere* trouxe efeitos para os empregadores, que foram desobrigados do pagamento das horas de trajeto e para os empregados, que deixaram de receber o longo período gasto no trajeto entre a residência e o trabalho.

**Palavras-chave:** Horas *in itinere*; Tempo à disposição; Princípio da vedação ao retrocesso; Reforma trabalhista; Supressão de direitos.

**ABSTRACT:** This article aims to highlight the effects brought about by the extinction of hours in itinere from the labor reform, brought by Law 13.467 / 2017. For this, the bibliographic research methodology is used, by the hypothetical deductive method, with research on jurisprudence, laws and articles. Thus, a definition of the concept of working hours is exposed, followed by a comparison of what it was like before, demonstrating the concepts and requirements for configuring hours in itinere and how the legislation became after its extinction. Regarding the applicability of this right, several exemplary elements are brought to the specific case, tracing jurisprudential and doctrinal aspects that together demonstrate the possible effects resulting from the extinction of this right, bringing negative aspects to employees. It is concluded that the extinction of hours in itinere brought effects for employers, who were released from the payment of commuting hours and for employees, who no longer received the long period spent on the journey between home and work.

**Keywords:** Hours in itinere; Time available; Backward sealing principle; Labor reform; Suppression of rights.

**SÚMARIO:** 1. Introdução. 2. Jornada de Trabalho. 2.1 Tempo à disposição. 3. Conceito e requisitos das horas *in itinere* – antes da reforma. 4. Extinção das horas *in itinere* – mudanças trazidas pela reforma. 4.1. Efeitos da mudança nos contratos anteriores à vigência da reforma. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito está sempre em constante mudança, e no direito do trabalho houve uma grande reforma com a Lei 13.467/2017. Ocorre que, a partir dessa reforma surgiram muitos questionamentos que deixaram dúvidas a respeito do real benefício dessas mudanças para o trabalhador, pois suprimiu direitos que foram adquiridos pela classe trabalhadora no decorrer dos anos, como o direito às horas *in itinere*.

As horas *in itinere* encontravam-se positivadas no ordenamento através de jurisprudências, partindo da necessidade de adequar os trabalhadores à jornada de trabalho e os locais de difícil acesso.

O termo "horas *in itinere*" define o tempo de deslocamento do empregado, da sua residência até o local de trabalho e do local de trabalho até sua residência.

Acontece que, a Lei 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, deixou de prever esse direito, assim, o tempo gasto pelo empregado da sua residência até a ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, não será computado na jornada de trabalho, significando um retrocesso aos direitos do trabalhador.

Dessa forma, a finalidade deste presente artigo, é demonstrar os prejuízos acarretados pela extinção das horas *in itinere*, a partir da reforma trabalhista, bem como analisar os efeitos dessa mudança. Para isso, a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica, pelo método hipotético dedutivo, com pesquisa a obras publicadas, jurisprudências e a legislação trabalhista. Busca-se conceituar o instituto das horas de percurso e demonstrar toda a sua importância diante os direitos do empregado.

Destarte, serão demonstrados elementos essenciais à caracterização do direito às horas *in itinere*, destacando o conceito de jornada de trabalho e o de tempo à disposição, assim como os requisitos para obter o direito às horas *in itinere* antes da sua exclusão e os efeitos nos processos anteriores a reforma.

Ademais, almeja-se destacar de fato os efeitos diretos verificadas com a supressão desse direito, demonstrando os prejuízos suportados pelo trabalhador a partir desse novo cenário, propondo uma reflexão a respeito dessa mudança também no âmbito social, fazendo assim uma análise crítica a respeito do cenário atual.

## 2. JORNADA DE TRABALHO

Para que se possa entender e analisar a importância e a necessidade do surgimento das horas *in itinere* é necessário que se faça uma análise do conceito de jornada do trabalho de maneira geral, referente à conceituação legislativa e doutrinária.

A jornada de trabalho é o tempo em que o empregado está prestando serviço ou permanece à disposição do empregador. A partir desse termo "tempo a disposição" que surgem as horas *in itinere*. O artigo 4º, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que: "*Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.*". A partir desse termo "tempo a disposição" que surgem as horas *in itinere*. Sobre o sentido da jornada de trabalho:

Jornada de trabalho possui sentido mais restrito que o de duração de trabalho, abrangendo especificamente o tempo em que o empregado esteja não só efetivamente trabalhando como também colocando a sua força de trabalho à disposição do tomador do seu serviço, por um período contratual ou legalmente fixado, tal como ocorre com o tempo de prontidão ou de sobreaviso. (LEITE, 2018, p.543)

A limitação do período de trabalho, ou seja, da jornada, é necessária para diversos fins, inclusive a remuneração do trabalhador. Esse limite impõe o fim da jornada de acordo com a perspectiva de produção do trabalhador, tendo em vista o cansaço físico e mental, produtividade e rendimento, pois o empregado descansado tende a render muito mais na sua função.

Esses são aspectos teóricos que embasam a definição de jornada do trabalho. No caso dos trabalhadores rurais, têm-se um desgaste maior tendo em vista que além da jornada definida tem que ficar um tempo a disposição em transporte até o local de trabalho.

Conforme prevê a CLT em seu artigo art. 58: "*A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.* A prestação do serviço após o limite máximo diário (8 horas) implica, em princípio, o direito de o trabalhador perceber adicional de horas extras (CF, art. 7º, XVI). Esse tempo refere-se ao tempo em que o empregado está exercendo as suas funções no local de trabalho, ou mesmo quando está a disposição. A definição do período de jornada de trabalho contribui

para que a saúde do trabalhador não seja afetada, assim a jornada de trabalho impõe um limite. Para Ricardo Resende (2017, p. 361):

A limitação da jornada de trabalho constitui conquista histórica da classe trabalhadora. Com efeito, nos primórdios do sistema de produção capitalista as jornadas de trabalho eram extenuantes, chegando muitas vezes a dezesseis horas. Com a organização da classe trabalhadora, o surgimento dos sindicatos e as pressões sociais do proletariado, o Estado cedeu às reivindicações obreiras e passou a limitar a jornada de trabalho, de forma a civilizar as relações de trabalho sob o aspecto da mensuração da quantidade de trabalho prestado. São fundamentos de tal limitação da jornada, de forma destacada, aspectos biológicos, sociais e econômicos. Sob o aspecto biológico, constatou-se que as jornadas excessivas provocam a fadiga do trabalhador, com danos muitas vezes graves à sua saúde. O cansaço provocado pelo excesso de trabalho diário aumenta a incidência de doenças ocupacionais e facilita a ocorrência de acidentes de trabalho, o que viola a dignidade do obreiro. Sob o ponto de vista social, a jornada de trabalho extensa afasta o trabalhador do convívio com seus pares, provocando distúrbios familiares e segregação social. Finalmente, sob o ponto de vista econômico, o estresse e o cansaço decorrentes da jornada exaustiva levam à queda do rendimento do trabalhador, fazendo com que sua produtividade decaia, o que conflita com o interesse patronal (aumento da produtividade para maximização dos lucros). Por todo o exposto, as normas que limitam e regulam a duração do trabalho são normas de medicina e segurança do trabalho, e, como tais, são normas de ordem pública (também chamadas cogentes ou imperativas), razão pela qual são irrenunciáveis pelo obreiro. (RESENDE, 2017, p. 361)

Sob a teoria de que o trabalhador descansado tende a render mais, têm-se a sobre carga de horas no caso de trabalhadores que prestam serviços em locais de difícil acesso. Pois anteriormente, para não ultrapassar o limite de 8 (oito) horas diárias, os empregadores reduziam o tempo em que o trabalhador exercia o trabalho na empresa para somar as horas *in itinere*.

Mesmo que os empregados não estejam, de fato, prestando o serviço para qual foram contratados, estão dispendo do tempo que seria o de descanso, sendo



que ao invés de trabalhar somente as horas previstas contratualmente, tem-se que dispor de horas a mais antes e depois do trabalho referente ao trajeto até a empresa ou local em que presta o serviço. Ademais, cabe destacar nesse ponto, que a reforma trabalhista flexibilizou a jornada de trabalho a partir de acordos de trabalho, outra forma de retrocesso social aos trabalhadores.

## 2.1 Tempo à disposição

Conforme exposto acima, o tempo em que o empregado fica à disposição do empregador é considerado como tempo efetivo e conseqüentemente jornada de trabalho. Destarte, antes da reforma, a partir da criação das Súmulas 90 e 320 do Tribunal Superior do Trabalho, as horas *in itinere* foram incluídas a fim de que fossem computadas na jornada de trabalho.

A partir do conceito de tempo à disposição do empregador é que nasce o conceito de horas *in itinere*. Importante destacar que acerca desse tema, surgiu também o direito ao pagamento das horas *in itinere* pelo período que é gasto entre o deslocamento da portaria até o local de trabalho:

Súmula n. 429 do TST. Jornada de trabalho. Tempo à disposição do empregador. Período de deslocamento entre a portaria e o local de trabalho. CLT/1943, arts. 4º e 58. Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT/1943, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Assim, com a extinção do pagamento das horas *in itinere*, entende-se que além de suprimir as horas *in itinere* comuns, que são objeto de estudo desse artigo, o legislador também teria retirado o direito do período de deslocamento entre a portaria e o posto de trabalho, sendo um retrocesso à conquista dos trabalhadores de grandes empresas, principalmente industriais. Sobre esse assunto, pontuou Mauricio Godinho Delgado:

A eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no ambiente de trabalho do empregador e, por conseqüência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do § 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal

interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo - não podendo, desse modo, prevalecer. Afinal, ao ingressar nos muros do estabelecimento empresarial, o trabalhador se coloca sob o pleno poder empregatício, fato que define, de maneira relevante, os conceitos jurídicos de jornada de trabalho e de duração do trabalho. A jornada de trabalho se inicia, desse modo, indubitavelmente, no instante em que o trabalhador se coloca sob a plenitude do poder empregatício, no ambiente do estabelecimento e da empresa; e isso significa o instante em que ingressa nos muros do ambiente empresarial, terminando a jornada no instante em que deixa os muros desse mesmo ambiente do estabelecimento de seu empregador. (DELGADO, 2017, p.122)

Sendo assim, ainda que a Súmula 429 se mostre contrária as novas disposições trazidas pela reforma, em que a jornada de trabalho somente se inicia com a ocupação do posto de trabalho, já existem decisões pós-reforma que entendem que o período superior a 10 (dez) minutos entre a portaria e o posto de trabalho integram à jornada.

### **3. CONCEITO E REQUISITOS DAS HORAS *IN ITINERE* – ANTES DA REFORMA**

*In itinere* é uma expressão em latim que significa: durante o itinerário ou durante o caminho, uma expressão que constava na lei antes da reforma trabalhista e que dizia que nos casos de locais de trabalho de difícil acesso ou nos casos de lugares sem transporte público, quando o patrão fornecer o transporte, as horas gastas de ida e volta ao trabalho eram consideradas jornada, e com a reforma trabalhista essas horas foram extintas.

Essas horas foram criadas devido ao longo tempo gasto pelos trabalhadores, principalmente os rurais, até o local de trabalho. Assim, a criação dessas horas foi uma forma de compensação ao trabalhador, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana, que perdia tempo da sua vida, suas atividades diárias e lazer, para chegar até o local de trabalho, tendo em vista que existem casos rurais que os trabalhadores podem demorar cerca de 6 horas para chegar até o posto de trabalho. SARLET (2001) conceitua a dignidade da pessoa humana como uma:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a

peessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos". (SARLET, 2001, p. 32)

Destarte, quando não há transporte público no local e o empregador disponibiliza um meio de transporte, esse tempo em que ficava nesse transporte era considerado tempo à disposição, ou seja, jornada de trabalho remunerada. O TST editou a Súmula 90, que disciplina as situações em que são devidas horas "*in itinere*":

**HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "*in itinere*". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "*in itinere*". (ex-Súmula nº 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "*in itinere*" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas "*in itinere*" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)". (SÚMULA 90 - TST).

Em síntese, tinha direito às horas *in itinere*: locais de difícil acesso e não servido por transporte público; locais de fácil acesso, mas não servido por transporte público no período da jornada de trabalho. E não configura direito à horas *in itinere*: locais

de difícil acesso mas servido por transporte público e locais de fácil acesso e servido por transporte público. Nesse sentido, DELGADO (2012) destaca os requisitos:

São dois os requisitos, portanto, das chamadas horas itinerantes: em primeiro lugar, que o trabalhador seja transportado por condução fornecida pelo empregador. É óbvio que não elide o requisito em exame a circunstância de o transporte ser efetivado por empresa privada especializada contratada pelo empregador, já que este, indiretamente, é que o está provendo e fornecendo. Aqui também não importa que o transporte seja ofertado pela empresa tomadora de serviços, em casos de terceirização, já que há, evidentemente, ajuste expresso ou tácito nesta direção entre as duas entidades empresariais. Também é irrelevante que exista onerosidade na utilização do transporte. Isso porque a figura em tela não diz respeito a salário in natura, mas a jornada de trabalho. É o que bem acentuou a Súmula 320, TST. O segundo requisito pode consumir-se de modo alternativo (ou— e não e — enfatizam tanto a Súmula 90,1, TST, como o novo art. 58, § 2º, CLT). Ou se exige que o local de trabalho seja de difícil acesso, ou se exige que, pelo menos, o local de trabalho não esteja servido por transporte público regular. No exame do segundo requisito, é pertinente realçarem-se alguns esclarecimentos. De um lado, cabe notar-se que a jurisprudência tem considerado, de maneira geral, que sítios estritamente urbanos (espaços situados em cidades, portanto) não tendem a configurar local de trabalho de difícil acesso. É que a urbanização se caracteriza pela socialização e democratização do acesso geográfico às pessoas integrantes do respectivo grupo populacional. (DELGADO, 2012, p. 871).

Importante destacar que anteriormente, conforme expresso na súmula citada acima, as horas *“in itinere”* só eram direito para quem utilizava transporte fornecido pelo empregador. Já para àqueles funcionários que enfrentavam a dificuldade de forma pior, sem o transporte fornecido, não tinham nenhum direito. Inclusive, em casos de locais de fácil acesso e servidos de transporte público não caberia direito às horas *in itinere* mesmo se o empregador fornecesse o transporte.

A reforma nesse quesito seria para estimular os empregadores a fornecer transporte aos empregados sendo que nesse caso, não seria computado como horas *“in itinere”* tornando os empregadores desobrigados do seu pagamento.

Assim, os fundamentos para a mudança desse artigo é evidentemente a economia dos empregadores:

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Projeto de Lei que “altera dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”, Objetivando reduzir os custos da relação de emprego, como forma de incentivo à formalização do mercado de trabalho e à concessão de benefícios aos trabalhadores. 3. O § 2º do art. 58 trata do tempo de deslocamento do empregado para o trabalho e o retorno ao final da jornada. A ausência de regra legal sobre a matéria definindo um mínimo de razoabilidade à situação, tem causado insegurança para as partes, inibindo o empregador de iniciativas em favor dos trabalhadores, da empresa e da coletividade, suprimindo favoravelmente as dificuldades ou a carência do transporte público, e sobretudo em benefício da produção. Com a regra proposta afastam-se as discussões sobre o tema e abre-se a oportunidade para incentivar os empregadores a fornecer, de forma direta ou indireta, meio de transporte para os trabalhadores, independentemente da utilização do sistema do vale-transporte previsto na Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985. (EM nº 35 GM-TEM – ANAIS DO SENADO FEDERAL – FEV/2001 – V.25 Nº2).

Ocorre que, retirar o direito e igualar a situação aos demais, é ineficaz e um imenso retrocesso que transfere o ônus da atividade empresarial para o empregado. Essa isonomia entre os usuários de transporte público e os usuários de transporte fornecido pelo empregador não é eficaz, visto que há uma grande desigualdade entre as categorias. Assim, retiram-se os direitos dos trabalhadores tratando situações diferentes de forma igual, sem a devida diferenciação dos trabalhadores que se deslocam até o trabalho de transporte público e dos que trabalham em local de difícil acesso.

Nesse caso, MARTINEZ (2017, p.405) exemplificando, expõe o caso de uma secretária de um escritório que para chegar ao local de trabalho às 8h, precisava sair de casa às 5h utilizando trem, ônibus e metrô. Apesar de gastar 6 horas a mais (ida e volta), mesmo sobre a égide da lei anterior, essas horas não incorporavam a jornada de trabalho, por ser local de fácil acesso e servido por transporte público. Nesse passo, vê-se que ao invés de melhorar aquilo que já havia sido conquistado,

estendendo aos demais o direito às horas *in itinere*, foi retirado o direito de todos os trabalhadores, independente do meio de transporte.

Tendo a exemplificação, seria mais eficaz que se estendesse o direito ao recebimento das horas de trajeto também para quem utilizava o transporte público, que são, de fato, os trabalhadores que são mais prejudicados.

Outrossim, no caso do inciso IV, da súmula 90, MARTINEZ (2017), cita o exemplo de um cozinheiro que trabalha em um hotel de luxo em uma ilha privativa, onde precisa pegar um ônibus da sua residência até o ponto em que pegava o transporte fornecido pelo empregador, e nesse caso mesmo gastando 3h até o local do transporte, esse tempo não era considerado como horas *“in itinere”*, somente o tempo em que o trabalhador se apresentava no local de saída do transporte fornecido pelo empregador até a chegada em seu local de trabalho.

Um exemplo em que eram aplicadas as horas *in itinere* era no caso de trabalhadores de usinas, trabalhadores rurais, que levavam horas para chegar ao trabalho no transporte oferecido pelo empregador. Nesse sentido, veja-se jurisprudência a respeito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENQUADRAMENTO SINDICAL. TRABALHADOR RURAL. USINA DE CANA-DE-ACÚCAR. ATIVIDADE PREPONDERANTE DO EMPREGADOR. HORAS IN ITINERE . REQUISITOS. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o empregado de usina de cana - de - açúcar enquadra-se, via de regra, como trabalhador rural, em face da atividade econômica preponderante do empregador. No caso em análise, registrou a egrégia Corte Regional que o reclamante exercia suas atividades no campo, exercendo a função de trabalhador rural em usina de cana - de - açúcar, e, por isso, como empregado rural deveria ser enquadrado, razão por que não se lhe aplicam as convenções coletivas firmadas pela categoria dos industriários, que excluem o direito ao pagamento das horas *in itinere* . Incidência dos óbices do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333. 2. Evidenciado, pelo Tribunal Regional, que o local de trabalho do reclamante é de difícil acesso e não servido por transporte público regular, e, sendo incontroverso o fato de que a reclamada fornecia transporte gratuito ao empregado, devidas são as horas *in itinere* , nos termos da Súmula nº 90, I. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST -

AIRR: 4044920115180128, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 31/10/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 09/11/2012)

Com a retirada desse direito, as horas do trabalhador são oferecidas ao empregador como “tempo á disposição” sem qualquer forma compensatória, ou seja, o trabalhador perde horas do seu dia, do seu lazer, da sua vida com seus familiares, para se dedicar quase que integralmente ao empregador, pois é onde passa maior parte do seu tempo.

#### **4.EXTINÇÃO DAS HORAS IN ITINERE – MUDANÇAS TRAZIDAS PELA REFORMA**

A extinção do direito às horas *in itinere* se deu a partir da reforma trabalhista de 2017, uma reforma que resultou em um verdadeiro retrocesso social. Entre os direitos suprimidos pela reforma está o direito as horas *in itinere*, um direito conquistado há décadas, uma norma que beneficiava uma parte dos trabalhadores que levam horas para chegar ao trabalho.

O direito as horas *in itinere* foi conquistado devido a longas horas de deslocamento suportadas pelo empregado. As horas *in itinere* eram previstas na CLT, em seu art 58 §2º:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

Após a reforma que suprimiu diversos direitos já conquistados no decorrer dos anos, o direito às horas *in itinere* foi definitivamente extinto na legislação. Após a reforma o artigo 58 §2º agora prevê que:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Diante disso, pode-se perceber que houve um verdadeiro retrocesso social em relação a essa conquista dos trabalhadores. A reforma trabalhista em sua maioria afronta alguns princípios do Direito do Trabalho, beneficiando apenas o empregador. O princípio da vedação ao retrocesso é um dos principais, principalmente no que

tange as horas *in itinere*, princípio esse também previsto constitucionalmente. Sobre esse princípio, FILETI (2009) expõe:

O princípio tem sede material na Constituição brasileira de 1988, decorrendo dos princípios do Estado social e democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano. Além disso, o princípio decorre da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, da redução das desigualdades sociais e da construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Levam-se em consideração, ainda, a tendência do direito internacional de progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados e o argumento de que a negação do princípio significaria que o legislador dispõe do poder de livremente tomar decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do legislador constituinte.

Assim, vê-se que claramente, a mudança trazida pela reforma que culminou na extinção das horas *in itinere*, afronta diretamente ao princípio da proibição ao retrocesso social. Nos dizeres de Barroso:

Trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente determinadas leis quando isso decorra da paralisação ou considerável esvaziamento da eficácia de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação. (...) A vedação do retrocesso operaria em um segundo momento, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora, esta viesse a ser suprimida, devolvendo a ordem jurídica ao vazio anterior, contrário à Constituição. BARROSO (2006, p. 35).

No mesmo sentido, a jurisprudência reconhece esse princípio constitucional:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o



retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. (Doutrina). Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. (ARE 639.337 AGR SP – MIN. REL. CELSO DE MELLO)

É fato que, uma parte da população enfrenta dificuldade, com o transporte, todos os dias, pra chegar ao seu posto de trabalho, ainda mais as que trabalham em empresas que se localizam em locais de difícil acesso. Conforme cita MIRANDA (2018), não só pelo fato da distância, mas também porque as rotinas de cidades grandes são imprevisíveis. Logo, o trabalhador que costuma demorar 2h para chegar ao posto de trabalho, ao final do dia, vai ter permanecido à disposição 12 horas, ao invés de 8 horas. Sobre a supressão desse direito, MIRANDA (2018) aborda:

Passar por crises, o país já passou por muitas. Possuímos grandes riquezas que o país e a natureza oferecem ao povo. Porém, há que se refletir se a redução de direitos trabalhistas, que, no caso concreto, resume-se em não conceder transporte privado digno ao trabalhador e, ainda, suprimir-lhe as horas “in itinere”, mantém válidos os princípios trabalhistas da proteção, do não retrocesso social e do trabalho como elemento emancipatório da sociedade. É inequívoco que o lucro empresarial não poderá ser a qualquer custo, sob pena de se retornar a um sistema social de escravidão da classe operária. É importante haver contrapartidas e garantias mínimas aos trabalhadores.

Assim, conclui-se que a retirada desse direito afronta diversos princípios trazendo muitos prejuízos ao trabalhador que é parte mais vulnerável, considerando diversos fatores, por exemplo, a remuneração nesses casos, geralmente, não é capaz de suprir as horas gastas a mais para chegar ao local. Dessa forma, o trabalhador não

faz jus a qualquer tipo de compensação, sem falar que, muitas vezes, ainda existem horas extras no trabalho. A respeito, Maurício Godinho Delgado refere:

Trata-se de urna óbvia perda para o trabalhador, especialmente aquele situado na área rural - em que as horas *in itinere* são mais comuns e relevantes -, traduzindo significativa redução de sua duração do trabalho juridicamente reconhecida, além de substancial redução de sua renda salarial. (DELGADO, 2017, p. 122)

É certo que, o direito tem que se adequar a realidade social atual, porém a mudança deve estar sempre pautada no avanço e não no retrocesso, como ocorreu em grande parte da reforma trabalhista. Mesmo que a intenção do legislador na supressão das horas *in itinere* seja a provocação do empregador para fornecer transporte de qualidade sem custos, essa mudança ignora a vontade coletiva e a posição de vulnerabilidade do empregado.

#### **4.1 Efeitos da mudança nos contratos anteriores à vigência da reforma.**

Importante destacar que o tema “horas *in itinere*” está presente em milhares de processos no Tribunal Superior do Trabalho. É certo que, nas relações de trabalho a partir da reforma, não existe mais o instituto das horas *in itinere*, porém traz à tona a questão de como ficam as relações anteriores à reforma.

A Corte Superior Trabalhista entendeu que a reforma trabalhista não pode suprimir direito adquirido. A 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) manteve a decisão do Tribunal Regional, nos autos de nº 1102-52.2016.5.22.0101, sob os seguintes argumentos:

a) a lei não pode incidir sobre relações contratuais em curso, sob pena de violar ato jurídico perfeito, e salvo quando sobrevém norma mais favorável (ao titular de direito fundamental) que comporte, por isso, aplicação imediata (art. 5º, §1º, da Constituição); b) a parcela salarial, porque integra o núcleo de irredutibilidade na contraprestação pecuniária devida em razão do trabalho, não pode ter a sua natureza retributiva modificada por lei, sob pena de violar-se direito adquirido. (autos de nº 1102-52.2016.5.22.0101 – Tribunal Superior do Trabalho)

Essa extensão do pagamento das horas *in itinere* até as relações de trabalho anteriores à reforma lembra diversos princípios do direito, como o princípio da

irretroatividade, que preceitua que a lei não retroagirá a situações jurídicas anteriores a sua vigência, salvo quando for para beneficiar; o princípio da proteção, que visa conferir tratamento especial à parte mais vulnerável da relação trabalhista; o princípio da proibição do retrocesso, sendo inconstitucional qualquer medida que revogue direitos já regulamentados, o direito pode ser modificado, mas não diminuído, sendo esse, um dos princípios totalmente ignorados pela reforma de maneira geral, até porque não é toda a reforma trabalhista que não é aplicada em sua integralidade aos contratos vigentes à época, vai depender do caso concreto.

A medida Provisória trouxe uma norma acerca da aplicação da reforma trabalhista: Art. 2º da MP nº 808/2017: *“O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.”*. Porém, a medida provisória que dizia que a reforma se estendia aos contratos vigentes não foi convertida em lei, perdendo a sua vigência.

Portanto, o entendimento sobre direito às horas *in itinere* será aplicado àquelas hipóteses constituídas sob à égide da lei anterior. Nessa toada, vejamos jurisprudência do TRT, referente às horas *in itinere* em contrato anterior a reforma:

HORAS IN ITINERE. AEROPORTO DE CABO FRIO. CONTRATO ANTERIOR À REFORMA TRABALHISTA. Os elementos existentes nos autos apontam no sentido de que o Aeroporto de Cabo Frio está em local de difícil acesso e não atendido integralmente por transporte público. Desta forma, impõe-se reconhecer como devido a título de horas *in itinere* o tempo despendido pelo trabalhador no transporte fornecido pela empresa no trajeto casa x trabalho x casa. Inteligência da antiga redação do § 2º do art. 58 da CLT e Súmula 90, IV, do TST.(TRT-1 - RO: 01001484220175010431 RJ, Relator: MARIA APARECIDA COUTINHO MAGALHAES, Data de Julgamento: 24/09/2019, Oitava Turma, Data de Publicação: 02/10/2019)

Assim, o entendimento é que, de fato, as normas vigentes anteriormente em relação às horas *in itinere*, quando ainda existiam, aplicam-se aos contratos anteriores à reforma, ou seja, o caso de processos judiciais durará pelo menos enquanto não houver prescrição do direito. No mesmo sentido, e de forma clara, vejamos jurisprudência que evidencia o que já foi dito a respeito dos efeitos de processos em que os contratos de trabalho são anteriores à reforma:

HORAS IN ITINERE - INCOMPATIBILIDADE ENTRE O HORÁRIO DE SAÍDA DA EMPREGADA E OS HORÁRIOS OFERTADOS POR TRANSPORTE PÚBLICO - CONFISSÃO DA RÉ -

FORNECIMENTO DE CONDUÇÃO PELA EMPRESA - CONTRATO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA REFORMA TRABALHISTA. Uma vez que o contrato se desenvolveu antes da vigência da Reforma Trabalhista e considerando ser incontroverso o fornecimento de condução pela empresa e tendo a ré confessado que o horário de término da jornada da empregada não era abrangido por transporte público regular, faz jus esta ao pagamento de horas *in itinere* na forma da Súmula 90 do C. TST. (TRT12 - ROT - 0000670-91.2017.5.12.0031 , Rel. QUEZIA DE ARAUJO DUARTE NIEVES GONZALEZ , 3ª Câmara , Data de Assinatura: 25/09/2020).

Entre os princípios citados acima, pode-se destacar principalmente o princípio da irretroatividade, que é o mais aplicável ao caso. Segundo esse princípio, a lei não incidirá sobre os fatos que ocorreram antes da sua vigência, ou seja, a lei não irá retirar e prejudicar direito já adquirido. Esse princípio também está descrito no art. 6º da LINDB: *“A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”*

Dessa forma, como já exposto, a partir desse princípio a reforma trabalhista, no que diz respeito às horas *in itinere*, não retroagirá a situações anteriores. Importante destacar que esse princípio pode ser encontrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI: *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

## **5.CONCLUSÃO**

A extinção das horas *in itinere* gerou um impacto significativo na vida de diversos trabalhadores. Conforme exposto nesse artigo, retirou-se um direito que permanecia por anos na legislação. Ao longo do artigo, foram demonstrados exemplos da aplicabilidade do direito anteriormente à sua cessação, assim como princípios que são desrespeitados a partir da supressão desse direito.

Analisando os fatos apresentados, têm-se um evidente retrocesso no que tange a supressão do pagamento das horas *in itinere*.

A extinção desse direito transfere ao empregado o ônus do risco da atividade empresarial, de forma que somente beneficiou aos empregadores retirando um pagamento que antes era obrigatório gerando economia para o empregador. Mesmo com toda a carga tida pelos empresários no território brasileiro, não se têm dúvidas que mesmo assim o empregado continua sendo a parte mais frágil dessa

relação, ou seja, a mais vulnerável, principalmente o público que era beneficiado do direito objeto desse artigo.

A reforma não falou de diminuição do direito e muito menos de melhorias ao que já havia sido conquistado, mas sim, frise-se, a extinção do direito. Não é crível que um empregado após expor de horas de sua vida para chegar até o local de trabalho não tenha qualquer tipo de compensação. O tempo é um bem irrecuperável e quando o trabalhador passa horas em um transporte no trajeto entre o trabalho e sua residência, deixa de estar com sua família, em seu lazer ou descansando, tendo em vista o cansaço físico e mental que uma atividade laboral acarreta. Mesmo que não haja prejuízos materiais previsíveis, ainda sim, enseja reparação. Esse direito não deveria ser extinto com a simples justificativa de terceiros interessados economicamente.

Assim, o artigo leva a uma reflexão a respeito da situação de vulnerabilidade dos trabalhadores sobre a perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que o trabalhador, parte hipossuficiente da relação, enfrenta diversos obstáculos como a precariedade do transporte público que culmina em uma demora exacerbada entre um local e outro, conseqüentemente passando horas a caminho do trabalho, sem receber nada a mais por isso. Destarte, a extinção desse direito é um inevitável retrocesso que ignora o princípio da vedação ao retrocesso.

## 6. REFERÊNCIAS

Anais do Senado Federal. Disponível em:  
< [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais\\_Republica/2001/2001%20Livro%202.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/2001/2001%20Livro%202.pdf)>. Acesso em 21 de out. de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em: 23 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ARE 639.337. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 12 de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. RO: 010014842201175010431. Relatora: Maria Aparecida Coutinho Magalhães. Data de Julgamento: 24/09/2019. Data de Publicação: 02/10/2019. Disponível em: <<https://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/783328610/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1001484220175010431-rj/inteiro-teor-783328709>> Acesso em: 12 de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho. RO: 0000670-91.2017.5.12.031. Relatora: Quezia de Araujo Duarte Nives Gonzales. Data de Julgamento: 26/08/2020. Disponível em: <<https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934650884/recurso-ordinario-trabalhista-ro-6709120175120031-sc/inteiro-teor-934651035>> Acesso em: 12 de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: 1102-52.2016.5.22.0101. Relator: Augusto César Leite de Carvalho. Data de Julgamento: 11/03/2020. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856758509/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-11025220165220101/inteiro-teor-856758517?ref=juris-tabs>> Acesso em: 12 de out. de 2020

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR: 4044920115180128. Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de Julgamento: 31/10/2012, 2ª Turma, Data de Publicação: 09/11/2012. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930159343/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-4044920115180128?ref=serp>> Acesso em: 12 de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula n.º 90. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#S](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#S)>. Acesso em: 12 de out. de 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Súmula n.º 429. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-429](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-429)>>. Acesso em: 12 de out. de 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª. ed. São Paulo: LTR. 2012.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTR, 2017. Medicina UFMG. Disponível em: <<https://www.medicina.ufmg.br/nest/wp->

content/uploads/sites/79/2018/07/reformatrabalhista.pdf> . Acesso em: 04 Nov. 2020.

FILETI, Narbal Antonio Medonça. O princípio da proibição ao retrocesso social: breves considerações. **Revista Jus Navegandi**. Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>>. Acesso em 21 de out. de 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 10º edição. São Paulo. Saraiva, 2019.

MIRANDA, Aarão Miranda da Silva; MATTOS, Débora Moura de. As horas in itinere na reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5289, 24 dez. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61929>>. Acesso em: 21 out. 2020.

PEREIRA, José Matias. Manual de metodologia da pesquisa científica. 4ª ed. São Paulo: Atlas 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 32

#### NOTAS:

[1] Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto. Advogado e professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: [prof.leonardoaquilino@fasec.edu.br](mailto:prof.leonardoaquilino@fasec.edu.br)

## **A INFLUÊNCIA DA APAC NA RECUPERAÇÃO DO APENADO E SEUS BENEFÍCIOS PARA O ESTADO E A SOCIEDADE**

**NOEL LUIZ DE FREITAS:** Acadêmico do 10º período do Curso de Direito / Empresário Rural

**AROLDO BUENO DE OLIVEIRA**

(orientador)

**RESUMO:** A presente obra tem por escopo abordar a perspectiva de aplicação do Método APAC em substituição ao Sistema Prisional Nacional. Para isso, será abordada a evolução do direito penal no mundo ao longo do tempo, bem como suas mudanças no Brasil. Além disso, será demonstrado como funciona o Método APAC, além dos benefícios que este pode vir a trazer para o Estado, Sociedade e para o próprio apenado. O fato motivador desta obra é a simples demonstração de como tal Método é em muito mais benéfico para as condições de vida do apenado, que se encontra em total descaso pelo atual cuidado que recebe do Estado no Sistema Prisional Convencional. A APAC em muito pode propiciar ao condenado seus direitos e garantias, principalmente no que tange a Dignidade da Pessoa Humana, que é foco principal deste Método. Com isso, insta salientar que se possível for, o Estado deveria adotar a substituição do Sistema Prisional Convencional pela premissa da APAC, pois esta tem propiciado melhores resultados no que tange a ressocialização efetiva do condenado.

**Palavras-Chave:** Penal. Apenado. APAC. Benefícios.

**ABSTRACT:** This work has as main objective to present the perspective of application of the APAC method to replace the National Prison System. To this end, the evolution of criminal law in the world over time will be addressed, as well as its changes in Brazil. In addition, it will be demonstrated how the APAC Method works, in addition to the benefits it can bring to the State, to the Society and to the prisoner himself. The motivating fact of this work is the simple demonstration of how such a Method is much more beneficial for the living conditions of the convict, who is in total disregard for the care he receives from the State in the Conventional Prison System. The APAC can greatly provide the convicted person with his rights and guarantees, especially with regard to the dignity of the human person which is the main focus of this method. Therefore, it is necessary to highlight that, within the possibilities, the State needs to replace the Conventional Prison System by APAC, as it is giving better results in terms of resocialization of the condemned.



Key-Words: Criminal - Sentenced – APAC - Benefits

## **INTRODUÇÃO**

O conceito de crime é observado desde os primórdios da humanidade; a vontade delituosa advém do ser humano, é aquela vontade obscura, guardada dentro do cérebro, que só se revela mediante um evento na vida deste indivíduo. Neste sentido, diversas foram as formas de se punir o agente que cometia um ato delituoso, passando desde torturas extremas e penas de morte, até medidas mais brandas, como é o caso da atual pena de prisão por tempo determinado.

Sabe-se que o Brasil adota a medida punitiva por tempo determinado, tendo sua pena máxima não superior a 40 anos de reclusão, assim como aponta o Código Penal; mesmo que o agente seja condenado a uma pena de 50, 60 ou mais anos, este só irá cumprir o limite estabelecido em lei (BRASIL, 1940).

Acontece que, apesar de o Brasil adotar essa medida punitiva, o número de encarcerados tem aumentado ano após ano, gerando assim, uma sobrecarga no sistema prisional, que não mais pode sustentar a quantidade de presos que neles adentram, gerando o que ficou conhecido como “superlotação dos presídios”. (NASCIMENTO, 2020)

Diante essa abordagem, percebeu-se que os presidiários que adentravam as instituições de correção (presídios), não recebiam o tratamento que era esperado para sua ressocialização, tampouco, tais instituições cumpriam com a premissa constitucional da dignidade da pessoa humana, o que tornava estes presos ainda mais perigosos ao convívio em sociedade.

Pensando nisto, surgiu no ano de 1972 a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), com a finalidade de proporcionar a estes apenados, a oportunidade de ressocialização eficaz, dignidade e respeito. O Método APAC, como ficou conhecido, se mostrou bastante eficaz na tratativa de ressocialização do apenado, em comparação ao sistema prisional convencional, onde, neste método, observou-se a presença do princípio da dignidade da pessoa humana, empregada em prática.

Diante desse apontamento, a presente obra tem por escopo demonstrar como o Método APAC é benéfico tanto para o Estado (em questões financeiras), quanto para a sociedade e para o próprio apenado.

Para demonstrar isso, a metodologia abordada na obra será a qualitativa de natureza explicativa/exploratória, onde serão demonstrados em detalhes como cada

uma dessas esferas (Estado, sociedade e apenado) é beneficiada com a aplicação destas instituições de correção.

## **1. EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL E DAS MEDIDAS PUNITIVAS**

Antes de explicar o atual sistema carcerário nacional, necessário apresentar um breve histórico sobre a evolução do cumprimento penal no mundo, e como isso influenciou no modo como o Brasil adotou seu sistema penal.

O crime e a vontade de cometê-lo sempre foram presentes no mundo, fato é que a bíblia relata diversos casos de crimes cometidos por seres humanos desde o princípio dos tempos. Pode-se dizer que a primeira legislação penal existente foram os dez mandamentos, os quais além de versar sobre o dever do homem para com Deus, também versava sobre seus deveres para com os outros homens, não devendo estes, matar, adulterar, furtar, mentir ou cobiçar as coisas do próximo.

Porém, apesar de existentes tais regras contra estas pessoas, a punição não se baseava no “em vida”, mas sim no “pós vida”, haja vista o fato que a bíblia versa que o descumprimento de tais mandamentos acarretaria na não entrada no céu. Pode-se dizer então, que a primeira aplicação da pena “em vida” ocorreu no então “Período da Vingança”, que durou dos tempos primitivos até meados do século XVIII (BITENCOURT, 2019).

Na presente época não havia qualquer sistema organizacional de princípios gerais, tendo em vista que os grupos sociais eram envolvidos em um ambiente mágico e religiosos. Assim, fenômenos naturais (como a seca e erupções vulcânicas) e doenças (como a peste negra) eram consideradas como castigos advindos de divindades, como forma de punição aos pecadores, sendo necessária a reparação do dano causado por estes.

O período da vingança ficou definido em três fases, sendo estas, a da vingança privada; da vingança divina; e, da vingança pública. Porém tais fases não se sucedem umas das outras com determinada precisão, havendo apenas, determinado convívio de uma fase para com a outra, por um longo período, até que houvesse outra orientação predominante, para posteriormente, acontecer a mudança de fase (BITENCOURT, 2019).

No que tange a vingança privada, esta pode ser apontada da seguinte maneira, havendo o cometimento de um crime, ocorria a reação da vítima, de parentes e do grupo social desta, os quais ultrapassavam a proporção da ofensa recebida, onde não só se atingia o ofensor, mas também todo o seu grupo. Era notória a falta de proporcionalidade entre a conduta do agressor e o revide da vítima,

ocorrendo em muitos casos até mesmo a vingança de sangue. A vingança privada ficou cerceada pela reação natural e instintiva do ser humano, desta feita, pode ser considerada como uma realidade sociológica e não uma instituição jurídica (BITENCOURT, 2019).

Acerca desse fato, versa Júlio Fabrini (2010, p. 16), “verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele a que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos”.

A vingança divina, como o próprio nome diz, foi baseada na religião, na divindade, no crê em algo superior, onde, a influência deste fato, atingia diretamente nas decisões de vida dos povos antigos. A aplicação da pena nesse período tinha por finalidade aplacar a ira dos deuses ofendidos pela prática do crime, sendo o castigo aplicado, a forma de cumprimento da pena, *verbis*:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (NORONHA, 2001, p. 21).

Na vingança pública, já como a sociedade mais organizada, a pena perdeu sua índole sacra e passou a ser uma sanção imposta em nome do poder público, tendo como finalidade representar os interesses da comunidade como um todo. Tal fato não impediu as diversas atrocidades para com os condenados, os quais eram diariamente mortos por motivos considerados insignificantes nos dias atuais.

Sobre tal assunto explica Cezar Roberto Bitencourt (2009, p. 31), “a primeira finalidade reconhecida desta fase era garantir a segurança do soberano, por meio da aplicação da sanção penal, ainda dominada pela crueldade e desumanidade, característica do direito criminal da época”.

Após mencionado acerca do período da vingança, será abordado um breve relato acerca do direito penal dos povos antigos, mencionando assim, o direito romano, germânico e canônico.

Em Roma, o direito e a religião caminhavam lado a lado, onde o “*Pater Famílias*” (estatuto familiar, o que regia a lei de Roma), tinha controle total sobre assuntos ligados ao direito à vida, dos dependentes, mulheres e escravos. Insta salientar que tal instituto era regido apenas por homens, sem quaisquer oposições para impedir-lhes de cometer atrocidades (BITENCOURT, 2019).

Foi somente com a criação da República Romana que ocorreu a separação e o desdobramento entre direito e religião, criando assim novas perspectivas acerca do direito penal. A partir disso, ocorreram diversas mudanças no cenário romano, onde não mais havia período de vingança, ficando os crimes divididos em duas vertentes, os crimes públicos e os crimes privados.

No que se refere aos crimes públicos, estes eram configurados quando o agente praticava algum ato lesivo contra a sociedade, tendo sua pena aplicada pelo Estado. Já sobre os crimes privados, eram os que ocorriam contra particulares, onde a punição era aplicada por quem sofria o crime, no caso, os próprios particulares, porém ainda, mesmo que pequena, a interferência Estatal, onde este regulamentava as punições quando necessário (BITENCOURT, 2019).

Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 88), aponta algumas características do direito penal romano dos tempos antigos:

a) a afirmação do caráter público e social do Direito Penal; b) o amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de suas excludentes; c) o elemento subjetivo doloso se encontra claramente diferenciado. O *do* – *animus* –, que significava a vontade delituosa, que se aplicava a todo campo do direito, tinha, juridicamente, o sentido de *astúcia* – *dolus malus* –, reforçada, a maior parte das vezes, pelo adjetivo má, o *velho dolus malus*, que era enriquecido pelo requisito da consciência da injustiça; d) a teoria da tentativa, que não teve um desenvolvimento completo, embora se admita que era punida nos chamados crimes extraordinários; e) o reconhecimento, de modo excepcional, das causas da justificação (legítima defesa e estado de necessidade); f) a pena constituiu uma reação pública, correspondendo ao Estado a sua aplicação; g) a distinção entre *crimina publica*, *delicta privata* e a previsão dos *delicta extraordinária*; h) a consideração do concurso de pessoas, diferenciando a autoria e a participação.

Pode-se afirmar que o direito penal romano, sempre influenciou o Direito Penal como um todo, trazendo ideias novas, as quais foram implementadas por diversos países, e se fazem presentes em suas legislações até os tempos atuais.

No que tange ao direito penal germânico, este era definido e baseado principalmente em costumes, assim, não tendo sua lei escrita. Na época em questão,

o direito era considerado como “ordem de paz”, sendo que a violação dessa paz consistia em crime, público ou privado, conforme a natureza do delito. Insta salientar que o direito germânico ainda admitia a vingança de sangue, conforme aponta Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 89):

O Direito Germânico primitivo não era composto de leis escritas, caracterizando-se como um Direito consuetudinário. O direito era concebido como uma *ordem de paz* e a sua transgressão como *ruptura da paz*, pública ou privada, segundo a natureza do crime. A reação à *perda da paz*, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratava de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico *dever* de vingança de sangue. Essa *política criminal* germânica, em seus primórdios, representava uma verdadeira guerra familiar, evoluindo para um direito pessoal a partir do século IX, para, finalmente, em 1495, com o advento da *Paz Territorial Eterna*, ser definitivamente banida.

Foi somente com o avanço da sociedade germânica que houve novas perspectivas para o direito penal, onde ocorreu a criação da “composição judicial”, a qual era dividida em três espécies, assim como aponta Luiz Regis Prado (2011, p. 82):

Wergeld – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária;

Busse – soma que o delinquente pagava a vítima ou sua família, pela compra do direito de vingança; e

Friedgeld ou Fredus – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. Outra característica importante do direito germânico de acordo com Mirabete foi a ausência de distinção entre dolo, culpa e caso fortuito, determinando-se a punição do autor do fato sempre em relação ao dano por ele causado e não de acordo com o aspecto subjetivo de seu ato. Surgiu assim a primeira ideia de responsabilidade objetiva.

Assim, entende-se que o direito penal germânico foi pioneiro no conceito de reparação do dano causado pelo agente criminoso, e também a respeito da substituição da pena aplicada por uma compensação pecuniária. Por fim, ainda é

notório o fato de que o direito germânico é considerado o primeiro a utilizar políticas criminais conscientes para aplicação de pena ao agente que cometera determinado crime, o que gerou mudanças no direito penal, e influenciou nas aplicações de pena ao passar dos tempos.

Por fim, havia ainda outra vertente do direito penal que influenciou culturas até os tempos atuais, o Direito Penal Canônico. Esse direito refletia os pensamentos da Igreja Católica Apostólica Romana, e assim, mais uma vez, o direito foi mesclado com a religião, e exercido com grande influência na legislação penal (BITENCOURT, 2019).

A referida influência que a igreja detinha só foi possível através de um ato proposto pelo imperador romano Constantino, ato esse que ficou conhecido como “a Declaração da Liberdade de Culto”. Essa influência concedida à igreja não fora à – toa, pois o imperador sabia que o Papa detinha grande poder sobre seus fiéis, e assim, poderia influenciar em possíveis revoltas contra Constantino.

A influência do Cristianismo no Direito Penal, com a proclamação da liberdade de culto, pelo imperador Constantino (313 d.C.), veio a consolidar-se com a declaração do imperador Teodósio I, transformando-o na única religião do Estado (379 d.C.). O Cristianismo ingressou na Monarquia franca em 496 d.C., com a conversão de Clodovéu, surgindo a repressão penal de crimes religiosos e a jurisdição eclesiástica, protegendo os interesses de dominação (BITENCOURT, 2019, p. 90).

Apesar de igreja e Estado estarem unidas e terem a temática igualitária em teoria, na prática não ocorria assim, tendo a igreja as maiores influências em âmbito religioso. Fato é que, após o enfraquecimento Estatal, o Catolicismo passou a regulamentar e aplicar punições em diversas situações, sendo que inicialmente, o papel da igreja era meramente disciplinar.

Conforme explica Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 91), após essa “tomada de poder” da igreja, os delitos ficaram definidos da seguinte maneira:

A classificação dos delitos era a seguinte: a) *delicta eclesiástica* – ofendiam o direito divino, eram da competência dos tribunais eclesiásticos, e eram punidos com as *poenitentiae*; b) *delicta mere secularia* – lesavam somente a ordem jurídica laica, eram julgados pelos tribunais do Estado e lhes correspondiam as sanções comuns. Eventualmente,

sofriam punição eclesiástica com as *poenae medicinales*; c) *delicta mixta* – violavam as duas ordens (religiosa e laica) e eram julgados pelo tribunal que primeiro deles tivesse conhecimento. Pela Igreja eram punidos com as *poene vindicativae*.

Apesar dos interesses religiosos de dominação, é certo dizer que o Direito Canônico foi muito benéfico para a evolução do Direito Penal como um todo, tendo em vista que foi através dele que surgiu a humanização das penas, assim como explica Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 91):

O Direito Canônico contribuiu consideravelmente para o surgimento da prisão moderna, especialmente no que se refere às primeiras ideias sobre a reforma do delinquente. Precisamente do vocábulo, “penitência”, de estreita vinculação com o Direito Canônico, surgiram as palavras “penitenciário” e “penitenciária”. Essa influência veio completar-se com o predomínio que os conceitos teológicos-morais tiveram, até o século XVIII, no Direito Penal, já que se considerava que o crime era um pecado contra as leis humanas e divinas.

Diversas foram as mudanças trazidas no Direito Penal por esses povos, mudanças essas que podem ser vistas até os dias atuais, em diversos países. No Brasil, a influência do Direito Romano pode ser observada em diversos trechos da legislação, assim como do direito Germânico e Canônico.

Após o breve histórico sobre a evolução do direito penal no mundo, passa-se agora a uma breve abordagem da evolução de tal direito no território nacional brasileiro, afim de melhor elucidar o tema abordado.

### **1.1 O direito penal brasileiro e o seu sistema prisional**

Em um breve relato, pode-se dizer que ocorreram diversas alterações quanto a forma que era aplicada a pena no Brasil, desde seu descobrimento pelos portugueses em 1500, até os dias atuais, o Código Penal Brasil e as leis esparsas (LEP, LCP, etc.), vêm sofrendo diversas alterações, para melhor se amoldarem à época e conceitos sociais do país.

Três períodos foram marcantes para a evolução do direito penal no Brasil, sendo estes o Período Colonial, o Código do Império e o Período Republicano. Cada um desses períodos foi marcado por uma perspectiva de como deveria ser aplicada a pena, e assim, necessário é expor um pouco a respeito destes (BITENCOURT, 2019).

Antes do domínio português, era notado por historiadores que os indígenas que viviam no Brasil eram adotantes do conceito da vingança privada, onde não havia leis escritas, mas sim regras (tabus) que deveriam ser seguidos pelos silvícolas, e caso não fosse, as penas impostas eram as corporais, o que podiam culminar também na expulsão da tribo.

Foi somente com o domínio português que se passou a ter uma nova perspectiva do direito penal no Brasil, assim como explica Cezar Roberto Bitencourt (2019, p. 101):

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, consideradas como primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoraram até o advento da Compilação de Duarte Nunes de Leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião.

Apesar disso, ainda afirma Cezar Roberto Bitencourt (2019), que por haver tantas mudanças legislativas e pela coroa não interferir diretamente nessas questões, ocorreu no Brasil uma espécie de “Lei Própria Independente”, onde os senhores feudais eram os que aplicavam as determinações ao seu bel prazer, sem quaisquer interferências de Portugal, o que culminou em um período obscuro, violento e cruel para determinadas classes brasileiras.

No que tange ao Código Criminal, este foi criado mediante sua urgência, assim por dizer, tendo em vista que a Constituição Federal de 1824 afirmava o quão necessário era que o Brasil tivesse um Código Penal para reger como seriam adotadas as medias punitivas, não mais seguindo o conceito de açoites e tortura como forma de punição, assim como apontam os incisos XVIII e XIX do art. 173 do referida carta magna, “*XVIII. Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis* (BRASIL, 1824).

Mediante este pedido exposto na Constituição de 1824, foram apresentados dois projetos de Código Criminal, um proposto por Bernardo Pereira de Vasconcellos e outro por José Clemente Pereira, tendo o Código de Bernardo sido o escolhido, por melhor dividir as penas, havendo variação penal para melhor serem aplicadas, e contendo ainda um amplo desenvolvimento das máximas jurídicas (SIQUEIRA, 1947).



Em 1830, o imperador D. Pedro I sancionou o Código Criminal, *primeiro código autônomo da América Latina*. Destacava Aníbal Bruno que o novo texto fundou-se nas ideias de Benham, Beccaria e Mello Freire, no Código Penal francês de 1810, no Código da Baviera de 1813, no Código Napolitano de 1819 e no Projeto de Livingston de 1825. Todavia, não se filiou estritamente a qualquer deles, “tendo sabido mostra-se original em mais de um ponto” (BITENCOURT, 2019, p. 102).

Por fim, temos o Código Penal que surgiu durante o período republicano, sendo considerado este, o pior código já feito em nossa história. Com advento da República, era necessária a mudança no tratamento penal, porém, por haver pressa em sua criação este adveio com diversos problemas, ignorando os avanços que doutrinários que já haviam ocorrido no estrangeiro (BITENCOURT, 2019).

Os equívocos e deficiências do Código Republicano acabaram transformando-o em verdadeira colcha de retalhos, tamanha a quantidade de leis extravagantes que, finalmente, se concentraram na conhecida *Consolidação das Leis Penais* de Vicente Piragibe, promulgada em 1932 (BITENCOURT, 2019, 103).

Diante da péssima redação do referido Código Penal, houve diversos projetos tentando substituí-lo, onde somente um alcançou tal proeza, o atual Código Penal, promulgado no ano de 1940. A atual legislação penal só pode se fazer necessária graças a má formação do código republicano, que de certo modo influenciou na criação deste, vez que necessária era a mudança penal por conta dos problemas causados por esta redação.

### **1.1.1 O sistema prisional brasileiro**

O sistema prisional brasileiro tem por objetivo a ressocialização e a punição daquele que pratique atos que atentem contra legislação penal nacional e os bons costumes. Assim, fica evidente o papel do Estado em assumir a responsabilidade em combater e dirimir o número de crimes, mantendo isolando o agente, praticante do ato criminoso, da sociedade.

Esse isolamento se dá através da prisão, onde o então criminoso é privado de sua liberdade ou seu direito constitucional de ir e vir, vez que descumpriu com a lei nacional. Uma vez preso, a teoria indica que tal criminoso não será mais risco para sociedade, porém, não é o que se vem notado com o passar dos anos.

[...] a reforma propriamente dita, tal como ela se formula nas teorias do direito ou que se esquematiza nos projetos, é a retomada política ou filosófica dessa estratégia, com seus objetivos primeiros: fazer da punição e da repressão das ilegalidades uma função regular, extensiva à sociedade; não punir menos, mas punir melhor; punir talvez com uma severidade atenuada, mas para punir com mais universalidade e necessidade; inserir mais profundamente no corpo social o poder de punir (FOUCAULT, 2011, p. 79).

Versa o artigo 1º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984), que, “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, 1984). Assim, percebe-se que o Estado não somente deve isolar o criminoso para conter o número de crimes, mas também deve proporcionar a este, condições dignas para seu reingresso em sociedade após o cumprimento de sua pena.

No mesmo sentido, versa o artigo 3º da LEP, “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, mais uma vez enfatizando o fato de que o condenado, apesar de ter descumprido com a legislação, detém direitos e garantias, os quais devem ser ofertados pelo Estado. Explica Foucault, acerca do sistema penal brasileiro (2014, p. 223):

Na passagem dos dois séculos, uma nova legislação define o poder de punir como uma função geral da sociedade que é exercida da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual cada um deles é igualmente representado; mas, ao fazer da detenção características de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz “igual”, um aparelho judiciário que se pretende “autônomo”, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, “pena da sociedade civilizadas”.

Apesar de a legislação expor a respeito de como deverão funcionar os presídios no Brasil, tal perspectiva fica apenas na teoria, pois na prática, a questão carcerária nacional tem sido deixada de lado pelo Estado, e com isso, a perspectiva de recuperação do apenado é deficitária. Fernando Marins (2019, p. 01), versa o seguinte acerca do tratamento penal no Brasil:

O Brasil tem uma taxa de superlotação carcerária de 166%. São 729.949 presos, sendo que existem vagas em presídios para 437.912 pessoas. Os dados são do estudo "Sistema Prisional em Números", divulgado nesta terça-feira (21/8) pela comissão do Ministério Público responsável por fazer o controle externo da atividade policial.

A situação mais crítica é na região Norte, onde a superlotação atingiu a taxa de 200%. A região com a menor taxa é a Sul, com 130%. Os números são todos de 2018.

Assim, percebe-se que o Estado pouco tem feito para tentar sanar este problema, vez que, cada vez mais, o número de apenados tende a aumentar de forma descontrolada. As superlotações nos presídios têm posto à prova o quão ineficaz é a gestão Estatal desses locais, e quão degradante é para o apenado, que fica à mercê desta situação.

Insta salientar ainda, que o custo do apenado no Brasil também tem causado diversos problemas, vez que o Estado é quem custeia este sistema, com dinheiro dos cofres públicos, que advém diretamente da população. Assim, como meio de tentar resolver este problema, aponta-se que o Método APAC (que posteriormente será apresentado) poderá ser eficaz em relação aqueles apenados que não cumprem determinações legais que envolvam crimes de grande periculosidade (homicídio, formação de quadrilha, etc.).

Por fim, para melhor elucidar tal afirmativa, aponta o site do CNJ (2017, p. 01), que o preço do apenado no sistema convencional é em muito superior ao apenado em sistema APAC, "Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R\$ 2,7 mil por mês pelo sistema tradicional dos presídios do Estado e R\$ 1 mil pelo método de ressocialização da FBCA".

Assim, afirma-se que o referido método pode sim ser a solução para parte do problema estatal que envolve os presídios, vez que tem fins de ressocialização e tende a ser menos custoso aos cofres públicos.

## **2.0 MÉTODO APAC**

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) surgiu no ano de 1972, mais especificamente, na cidade de São José dos Campos, Estado de São Paulo. Tal associação foi idealizada e coordenada por um grupo de voluntários cristãos, sob a liderança do advogado e jornalista Dr. Mário Ottoboni. (AUTOR, ANO)

Essa associação tinha por finalidade evangelizar e dar apoio moral aos apenados no presídio de Humaitá, localizado em São José dos Campos, onde se constatou que, devido a inexperiência dos voluntários no mundo do crime, drogas e prisões, tinham proporcionado uma experiência jamais vista no meio penal.

A estruturação da APAC é baseada no desempenho dos próprios apenados, que contribuem entre si para o bom andamento da instituição. Essas “prisões” podem ser classificadas como privadas e sem fins lucrativos, vez que sua única função é proporcionar aos presos uma tentativa de ressocialização digna, a qual não é ofertada pelo Estado.

Insta salientar que, necessário é o aval do juiz competente para enviar os apenados para a referida instituição, vez que o gerenciamento da unidade se dá por civis, não havendo guardas armados para conter possíveis fugas de apenados.

Neste sentido, é notório que apenas poderão ir para estes estabelecimentos penais, àqueles presos que não detenham condenações graves como, homicídios, latrocínios, estupro, membros de organizações criminosas, em especial o Primeiro Comando da Capital (PCC), e o Comando Vermelho (CV), dentre outras condenações neste sentido.

A premissa para o não envio de tais apenados para essas instituições é óbvia, os referidos apenados não usariam da instituição para seu propósito real, o qual seja, a ressocialização, mas sim para tentar fugir dessas instituições, vez que não há quaisquer meios que impeçam essa prática.

Pode-se dizer que o método APAC é sustentado pelo que diz o artigo 1º da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), em especial na parte que versa, “[...] **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**” (*Grifo Nosso*).

Assim, entendendo que o sistema prisional nacional não tem proporcionado as devidas “condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, a APAC surgiu para suprir tal falha estatal, contemplando a premissa constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88).

O método APAC é dividido em doze elementos, os quais sustentam sua eficiência na reintegração do apenado junto à sociedade, sendo estes: a participação da comunidade; o recuperando ajudando o recuperado; o trabalho; a espiritualidade e a importância de se fazer a experiência com Deus; a assistência jurídica; a assistência à saúde; a valorização humana; a família; o voluntário e o curso para sua formação; o

centro de reintegração social – CRS; o mérito; e, por fim, a jornada de libertação com Cristo (FERREIRA; OTTOBONI, 2016).

A eficácia deste método só se deu mediante a aplicação coordenada e incisiva destes elementos e da participação integral dos apenados e colaboradores na recuperação dos então apenados.

É bom esclarecer que a APAC não é uma associação “própria” assim por dizer, vez que esta se subordina diretamente à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), que tem por finalidade “congregar e manter a unidade de propósitos das suas filiadas e assessorar as APAC’s do Exterior” (FERREIRA; OTTOBONI, 2016, p. 21). No mais ainda tem a tarefa de fiscalizar, zelar e orientar a aplicação do Método APAC, e ainda ministrar cursos e treinamentos para os funcionários, voluntários, recuperandos e autoridades dessas instituições.

Todo esse trabalho exercido pela FBAC tem por finalidade a ampliação da APAC por todo o território nacional, assim, o préstimo pelo bom andamento dos trabalhos se faz necessário para demonstrar o quão eficiente tal método é.

## **2.1 Implementação e forma de ingresso**

Neste ponto serão citados alguns requisitos necessários para a composição de uma Instituição APAC em determinado município, não citando todos esses requisitos para não prolongar o tema. Assim, sempre para se criar uma APAC, primeiramente, deverá ocorrer uma audiência pública na comarca escolhida. Essa audiência é realizada a fim de demonstrar aos cidadãos do município o quão necessária é a implementação de uma instituição desta naquela localidade.

A iniciativa de convocação para a realização da audiência pública não é padronizada, podendo partir ora de um grupo já organizado, ora de autoridades dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, Ministério Público ou outros, cabendo ainda a quem tomou a iniciativa da realização do evento providenciar a lista dos possíveis convidados que representarão os diversos segmentos sociais da comunidade, como: Poder Judiciário e Ministério Público locais, Poderes Executivo e Legislativo Municipal, Polícias Militar e Civil, clubes de serviço, associações comunitárias, ONGs, instituições religiosas, educacionais, empresas privadas, entidades de classe e demais interessados (FERREIRA; OTTOBONI, 2016, p. 24).

Após ocorrida a audiência civil pública para demonstrar a finalidade da APAC, deverá ocorrer a criação jurídica desta, que ocorrerá com os interessados que deram parecer positivo na audiência pública realizada. Assim, sendo proveitosa a audiência os interessados irão se reunir, para demonstrar seu genuíno interesse na implementação deste método em seu município, iniciando os trabalhos pelo estudo da estrutura da APAC, a qual é fornecida pela FBAC (FERREIRA; OTTOBONI, 2016).

Como já dito anteriormente uma APAC é de certo modo subordinada a uma FBAC, e assim, caso ocorra possibilidade de criação de uma dessas instituições em determinada localidade, deverá ocorrer também a filiação ao FBAC, para que este possa tutelar a APAC e direcioná-la ao melhor aproveitamento.

No que tange ao ingresso na APAC, apesar do que se pensa, todo e qualquer preso poderá fazer parte desta instituição, mesmo aqueles presidiários com alto grau de periculosidade podem usar deste meio, caso queiram e seja aprovado pelo Juiz de Execução. Conforme aponta a portaria conjunta nº 538/PR2016 do TJ/MG, podem adentra a APAC, os apenados que:

Art. 2º O preso condenado a pena privativa de liberdade, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, independentemente da duração da reprimenda e do crime da condenação, poderá ser transferido para os CRS, geridos pelas APACs, através de ato motivado do Juiz da Execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária, desde que satisfeitas as seguintes condições:

I - manifestar interesse na transferência, por escrito ou em ato processual devidamente documentado, e propósito de se ajustar às regras do CRS;

II - manter vínculos familiares ou sociais atuais na região do Estado em que sediado o CRS, mesmo que outra tenha sido o local da prática do fato.

§1º. A interposição e a pendência de julgamento de recurso não obsta a admissão em CRS.

§2º. Não se admitirá o ingresso em CRS de sentenciado que já não esteja em cumprimento de pena em estabelecimento prisional subordinado à Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS. (BRASIL, TJMG, 2016)

Insta salientar que essa medida foi adotada pelo estado de Minas Gerais, podendo muito bem cada estado adotar as medidas que mais lhes convém, a exemplo, ocorreria nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro que, por possuírem uma grande demanda de apenados ligados a organizações criminosas, poderiam optar por não ingressá-los em APAC's, a fim de evitar possíveis fugas, haja vista que essas instituições não possuem guardas armados.

### **3. BENEFÍCIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA APAC**

É sabido que o Método APAC em muito contribui para todos, tendo em vista que este, ao contrário do sistema prisional comum, presa pela recuperação efetiva dos apenados, levando em consideração o Princípio da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Assim, esse método é muito necessário nos dias atuais, pois como já mencionado, o sistema prisional brasileiro vem sendo deixado de lado pelo Estado, que ao invés de tomar as medidas necessárias para a manutenção deste, não o faz, tornando assim, os apenados que a este adentrem, pessoas ainda piores.

Tudo que gira em torno do Método APAC é benéfico, ao passo que, pode-se afirmar que essas instituições conseguem preencher a lacuna deixada pelo sistema prisional comum, proporcionando benefícios para o Estado, para a sociedade e para o próprio apenado, que agora se vê inserido em um local onde é respeitado e tem sua dignidade preservada.

Diante dessa abordagem, será exposto como esse método é benéfico em maiores detalhes, a fim de deixar provado o quão necessária é a implementação mais efetiva deste por todo o território nacional.

#### **3.1 Benefícios para o Estado**

É notório que o Método APAC é mais benéfico ao Estado que o sistema prisional convencional que está em vigor atualmente, pois, sabe-se que este, apesar de ter a premissa de ressocialização, como indica da LEP, não tem exercido muito bem tal função.

As prisões nacionais atualmente estão atuando com um número excessivo de apenados, o que é um problema para a tratativa da ressocialização do apenado, pois este, não sentindo-se acolhido por esta instituição e sendo influenciado pelos demais apenados, não vê escolha melhor do que voltar a vida de crimes após o cumprimento de sua pena.

Neste ponto está a diferença entre a APAC e o sistema prisional convencional, enquanto um encontra-se em super lotação, deixando de cumprir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o outro foi estruturado e planejado para atender o apenado da melhor forma possível.

Uma APAC jamais irá ficar "*super lotada*", pois seu planejamento foi feito para atender até "x" número de apenados, e assim se faz, não extrapolando este limite, para um melhor atendimento ao apenado.

Insta salientar que, como já se sabe, para manter um apenado em uma instituição de correção (prisão ou APAC) necessário é que o Estado pague por isso mensalmente, dinheiro este que sai do "bolso dos contribuintes". Neste ponto, é sabido que uma APAC é sim mais econômica do que uma prisão convencional, conforme versa o próprio site do Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 01), "Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R\$ 2,7 mil por mês pelo sistema tradicional dos presídios do Estado e R\$ 1 mil pelo método de ressocialização da FBCA". (CNJ, 2017)

É mais barato fazer presidiários cumprir pena fora dos presídios, trabalhar e estudar do que mantê-los encarcerados. A metodologia de ressocialização de presos que a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC) aplica em 43 cidades em quatro estados custa, segundo os cálculos do gerente de metodologia da entidade, Roberto Donizetti, menos da metade do valor mensal que o Estado destina a manter uma pessoa sob custódia no sistema prisional tradicional (CNJ, 2017, p. 01).

Assim, é notório que essa instituição é mais benéfica ao Estado do que as prisões convencionais, que ao invés de ressocializar o preso, os deixa pior do que já eram.

Faz-se necessário salientar que essas instituições basicamente se auto-sustentam, tendo em vista que seus apenados passam por cursos de formação, onde aprendem artifícios como os de padeiro. Assim, os próprios apenados de uma instituição desta são os que limpam, plantam e cozinham no lugar, assim por dizer.

Desta feita, é notória a economia estatal com a implementação destas instituições, vez que, além de contar com o baixíssimo valor do apenado nesses locais, ainda conta com a mão de obra dos próprios na realização das atividades do local, o que gera ainda mais economia aos cofres públicos.



Por fim, é importante salientar que, um apenado quando sai da APAC com curso de formação, obviamente detém mais chances de encontrar emprego no mercado de trabalho, o que contribui ainda mais ao Estado, vez que este apenado passa a gerar receita, e não mais prejuízo.

### **3.2 Benefícios para a Sociedade**

Uma vez que o intuito do Método APAC é ressocializar o apenado, esta em muito contribui como benefício a toda sociedade. Sabe-se que a maioria dos apenados do sistema prisional, ao cumprirem suas penas e deixarem a instituição, retornam ao mundo do crime, causando pânico e prejuízo aos cidadãos, que já não suportam mais tal situação recorrente.

Já no método APAC tal premissa raramente ocorre, pois o apenado é tratado de forma que sua ressocialização efetivamente funcione, e isso se dá pelos 12 passos da APAC, já demonstrados anteriormente neste trabalho. Acerca dessa premissa, aponta o site da OAB do Rio Grande do Sul:

O Método APAC consegue a ressocialização de 91% dos seus recuperandos, enquanto no sistema convencional, apenas 14% recuperados. Incentivo à leitura, contato maior com a família e preparação para o mercado de trabalho, essas são algumas diferenças do método. “Quando erro, como gosto de ser corrigido?”, propôs a reflexão, o palestrante Heming. “No sistema convencional de detenção, não há tratamento efetivo para a correção dos detentos. Precisamos rever esse olhar”, comentou. Para Bortolotto, há urgência da necessidade de se construir um sistema de recuperação diferente: “Hoje estamos limitados pela violência”, argumentou (OAB/RS, 2017, p. 1).

Assim, é perceptível quão benéfica é a implementação dessas instituições para a sociedade, tendo em vista que seu objetivo principal é a ressocialização eficaz do apenado, para que este possa voltar ao convívio em sociedade e não mais pratique atos criminosos.

### **3.3 Benefícios para o Apenado**

Por fim, o Método APAC ainda proporciona benefícios a todos os apenados que por ele passam, abrangendo pontos importantes como a dignidade, a reinclusão social, o ensino e o trabalho. Na maior parte dos casos, o apenado que passa por essas instituições tem menos chances de retornar ao mundo do crime, e assim, ser novamente submetido ao sistema prisional.

Inicialmente tem-se que falar que as referidas instituições prezam em muito pelo que vê o inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, que se refere ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Acerca de tal princípio versa Flávia Piovesam (2000, p. 54):

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Afirma ainda a autora (PIOVESAM, 2000, p. 92):

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.

É perceptível que o Método APAC preza por essa premissa tendo em vista a forma como trata o apenado em suas dependências. Assim, como já dito anteriormente, em uma instituição desta, os apenados conseguem sentir de fato a efetivação da ressocialização, através da forma como são tratados.

É sabido que tal acolhimento funciona tão perfeitamente que não necessário é o uso de guardas armados nessas instituições, pois os próprios apenados são seus próprios fiscalizadores.

Além do mais, em qualquer dessas instituições os apenados passam por uma série de cursos de formação, onde aprendem a realizar diversas atividades, como as de padeiro, por exemplo. Nas APAC's os próprios apenados são a mão de obra efetiva, onde estes são os que limpam, consertam, cozinham, plantam, etc., tudo isso em prol do próprio detento, assim como já versa o ditado popular, "o trabalho dignifica o homem". (AUTOR, ANO)

Tendo em vista que o apenado passa por diversos cursos de formação é notório que este consiga mais facilmente trabalho ao termino de seu regime penal, fator este demonstrado através do baixo índice de reincidência criminal dos apenados que passaram por estas instituições.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto pode-se notar a quão benéfica é a implementação do Método APAC por todo território nacional, tendo em vista as vantagens trazidas por este no que tange a questões econômicas, sociais e individuais. Percebe-se que neste método o apenado custa menos aos cofres públicos do que no sistema prisional convencional, além de garantir a ressocialização eficaz do apenado.

Para o presidiário tais instituições têm muito a oferecer, pois estas, ao contrário dos prédios nacionais, conseguem cumprir com a premissa constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e ainda proporcionam ao apenado diversas outras vantagens, como cursos de formação e inclusão digna e respeitosa na sociedade.

Sabendo que os presídios convencionais já não sustentam mais sua finalidade, e ainda, encontram-se em estado de superlotação e abandono pelo poder estatal, a implementação das APAC's se faz muito necessária para tentar sobrepor essa falha, tendo em vista os resultados positivos dessas instituições.

Assim, tendo como enfoque essa perspectiva, é proposto que o sistema prisional convencional seja substituído quase que por completo pelo Método APAC, haja vista que este demonstra efetividade na ressocialização do apenado, e ainda, proporciona diversos outros benefícios.

Por fim, insta salientar que tal medida pode sim ser adotada pelo Estado, devendo os governantes apenas manter o funcionamento efetivo de tais instituições, e criando medidas diferenciadas para apenados que sejam considerados de alto risco para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, v. 1

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Ressocializar presos é mais barato que mantê-los em presídios**. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/apac-onde-ressocializar-presos-custa-menos-que-nos-presidios/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL, Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 set. 2020

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL, TJ/MG. **Portaria Conjunta nº 538/PR2016**. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc05382016.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2020.

FERREIRA, V.; OTTOBONI, M. **Método APAC**: sistematização de processos. Belo Horizonte: TJ/MG, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. *tradução de Raquel Ramalhet*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MARTINES, Fernando. **Brasil tem superlotação carcerária de 166% e 1,5 mil mortes em presídios**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-22/brasil-lotacao-carceraria-166-15-mil-mortes-presidios#:~:text=O%20Brasil%20teve%201.424%20presos%20mortos%20em%20pres%3%ADdios%20em%202018.&text=A%20situa%C3%A7%C3%A3o%20mais%20cr%C3%ADtica%20%C3%A9,n%C3%BAmeros%20s%C3%A3o%20todos%20de%20018>>. Acesso em: 27 set. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Luciano. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado**. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado#:~:text=O%20Brasil%20tem%20mais%20de,e%20nas%20carceragens%20das%20delegacias.>>>. Acesso em: 10 out. 2020.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: introdução e parte geral. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OAB/RS. **Benefícios do Método APAC são debatidos em evento na OAB/RS**. 2017. Disponível em: <<https://www.oabrs.org.br/noticias/beneficios-metodo-apac-sao-debatidos-em-evento-na-oabrs/25756#:~:text=O%20M%C3%A9todo%20APAC%20consegue%20a,s%C3%A3o%20algumas%20diferen%C3%A7as%20do%20m%C3%A9todo>>. Acesso em: 27 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1

SIQUEIRA Geldino. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Konfino, 1947, v. 1.

## **DIREITO À SAÚDE E A CLAÚSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**EDUARDO DE OLIVEIRA:** Acadêmico de Direito da Faculdade Serra do Carmo

**EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR**[1]

(orientador)

**RESUMO:** A saúde é um direito social fundamental, e está ligada à garantia do mínimo existencial. O direito à saúde, garantido pela Constituição de 1988, é um dos principais obstáculos do Brasil para execução dos direitos sociais. A reserva do possível, tem sido o maior percalço para a implantação desse direito. Esse fato agrava-se ainda mais para as pessoas vulneráveis de baixa renda, que são os assistidos da Defensoria Pública da União, que é o órgão responsável por defender os direitos das pessoas em condições de extrema vulnerabilidade. No presente artigo vai ser analisado os aspectos sociais e jurídicos que ocorrem na defesa do direito à saúde dos assistidos da DPU. Em seguida vai ser analisado como se dá a atuação da DPU frente ao direito a saúde na aplicação fática limitada que o Estado fornece em virtude da reserva do possível. O presente artigo, baseia-se em uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório que parte de um ponto em que caracteriza um material já elaborado, constituído principalmente de artigos científicos, livros, julgados de tribunais e outras publicações sobre o título. Compreende-se que o direito à saúde não pode ser negado por falta de recursos financeiros pelo Estado, deve ser buscado um diálogo administrativo e célere que beneficie ambas as instituições responsáveis pela defesa e concessão do direito.

**Palavras-chave:** defensoria; direito; saúde; reserva; possível.

**ABSTRACT:** Health is a fundamental social right, and it is linked to guaranteeing the existential minimum. The right to health, guaranteed by the 1988 Constitution, is one of Brazil's principles for the enforcement of social rights. The reserve of the possible, has been the biggest obstacle to the implementation of this right. This fact is even worse for vulnerable low-income people, who are assisted by the Federal Public Defender's Office, which is the body responsible for defending the rights of people in conditions of extreme vulnerability. In this article we will analyze the social and legal aspects that occur in the defense of the right to health of DPU beneficiaries. Next, it will be analyzed how the DPU works in relation to the right to health in the limited factual application that the State provides by virtue of the reserve of the possible. The present article is based on an exploratory bibliographic research that starts from a point in which it notes material already prepared, consisting mainly of

scientific articles, books, judged by courts and other publications on the title. It is understood that the right to health cannot be denied due to lack of financial resources by the State, an administrative and swift dialogue that benefits both institutions responsible for the defense and concession of the right must be sought.

**KEY-WORDS:** advocacy; right; health; reservation; possible.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Histórico do direito à saúde no Brasil. 3. O direito à saúde: 3.1. Noções gerais do direito à saúde; 3.2. Aspectos sociais do direito à saúde; 3.3. O mínimo existencial. 4. Atuação da Defensoria Pública da União na garantia do direito à saúde: 4.1. Dos julgados no Estado do Tocantins no que tange à saúde; 4.2. Da necessária proteção ao direito à vida e sua conseqüente judicialização; 4.3 Da importância do SUS. 5. Da reserva do possível: 5.1. Aplicação da cláusula da reserva do possível. 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

A saúde está prevista no rol dos direitos sociais instituídos pela Carta Magna de 1988. Trata-se de um direito público subjetivo constituindo dessa forma uma garantia constitucional que o Estado assegura para os cidadãos. Entretanto, trata-se de um dispositivo com de eficácia limitada, no qual é necessária uma série de medidas do poder público para que realmente seja efetivada. Nesta ótica, o respectivo direito configura-se como um dos principais obstáculos da saúde brasileira, para a execução dos direitos sociais. Essa condição se agrava ainda mais para os assistidos da Defensoria Pública da União, que é o órgão responsável por defender os direitos das pessoas em condições de extrema vulnerabilidade.

Em contraponto a isto, a cláusula de reserva do possível é usada como argumento do Poder Executivo, na sua função de típica de administrar, para alegar que o Estado deve garantir o que está dentro de suas possibilidades e garantir o mínimo existencial de cada cidadão, cujo principal fundamento é a dignidade humana, ou seja, somente poderá fazer, o que esteja dentro do orçamento, de forma em não haja prejuízo aos cofres públicos. Porém, os direitos sociais, como bem elencados na nossa constituição, a depender do caso em específico, sobrepõe-se a este princípio a fim de estabelecer uma vida digna ao ser humano.

Os órgãos governamentais, tendem a manter-se em inércia, e em consequência disto, por muitas vezes, os assistidos da DPU, ingressam no poder judiciário a fim de fazer com que o Estado cumpra a obrigação desejada. Neste cenário, o judiciário possui a tendência de deferir os pedidos, visto que o direito à vida possui maior relevância perante a capacidade orçamentária do Estado, e desta maneira, dá-se a início todo um processo delicado em que há a ponderação de dois

princípios basilares da nossa constituição, a fim de que seja tomada a melhor e correta decisão.

Neste artigo vai ser analisado os aspectos sociais e jurídicos que ocorrem na defesa do direito à saúde dos assistidos da DPU e os impactos que podem ser causados nas garantias desses direitos. Em seguida vai ser analisado como se dá a atuação da DPU frente ao direito a saúde na aplicação fática limitada que o Estado fornece em virtude da reserva do possível. Ademais, será exposto ainda, julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem como dos Tribunais Superiores, quando são instados a julgar matérias semelhantes.

O presente artigo, baseia-se em uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório que parte de um ponto em que caracteriza um material já elaborado, constituído principalmente de artigos científicos, livros, julgados de tribunais e outras publicações sobre o título. As informações serão apresentadas sob a forma de texto descritivo, após a leitura e análise, na medida que os autores consultados serão citados no texto, segundo as normas da ABNT.

De uma forma geral e sintética, busca o presente artigo relevar e expor os argumentos de ambas as instituições pertencentes à União na defesa dos interesses dos assistidos no tocante à saúde, e na defesa da União no que se refere ao utilizar somente o necessário no que dispõe de seus limites para tratar dos direitos das pessoas que necessitam.

## **2. HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

O exercício do direito à saúde, elencado na legislação infraconstitucional e constitucional, deve ser pensado de forma que a história do direito à saúde constitui todas as relações históricas sociais, políticas e econômicas que giram em torno do homem, bem como a saúde na determinada época que reflete sobre as compreensões atuais da saúde na sociedade.

Por essa razão, o histórico do direito à saúde torna-se relevante para a sua atual conjuntura, pois os direitos sociais, fazem parte da vasta gama dos direitos fundamentais, que antes mesmo da CF/88, já possuía dispositivos legais que buscavam assegurar uma melhor organização para o Estado. Sendo assim, é nítido que o dever do Estado para com os direitos sociais, já existida antes mesmo da nossa constituição.

Ainda nesse sentir, quis introduzir o legislador constituinte, no capítulo destinado a seguridade social, a inclusão de uma estrutura organizacional



responsável pela efetivação dos serviços públicos de saúde, de forma que seja universalizado o atendimento à população, a saber:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Nota-se dessa forma, a grande relevância do tema no qual mostrou-se necessário incluí-la na CF/88, a fim de que essas conquistas, não sejam abolidas, nem suprimidas de qualquer forma, visto que se trata inegavelmente de cláusula pétrea.

Para Balestra (2007) as primeiras ações relacionadas à saúde chegaram nas cortes superiores por volta da década de 1990 e versavam na maior parte de fornecimento de medicamentos pelo poder público. Tão grande foi a procura a partir dos anos 2000 a procura se tornou maior ainda.

A antiga e já revogada Lei nº 6.229, de 1975, instituiu à época o Sistema Nacional de Saúde, e posteriormente o Decreto nº 94.657 de 20 de julho de 1987, criou a os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados, no qual pretendia passar as atribuições relacionadas a saúde para os Estados e Municípios.

A constituição de 1988 tratou da saúde, como espécie da Seguridade Social, nos arts, 196 a 200. O inciso II do art. 23 da Lei Magna atribui a competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública. O inciso XII do art. 24 da Constituição estabelece, competência concorrente à União, aos Estados, e ao Distrito Federal sobre proteção e defesa da saúde. A União irá estabelecer normas gerais (§ 1º do art. 24 da Lei Maior). (MARTINS, 2004, p. 515).

O que se nota é que durante o passar dos anos o Poder Público sempre tentara desvencilhar-se a saúde de apenas sua titularidade, tentando dessa forma dividir as responsabilidades com os demais entes da federação, não atoa, a Lei 8.689 de julho de 1993 extinguiu o instituto nacional de assistência médica da previdência social.

De acordo com professor Martins (2004, p. 515) com a extinção do Inamps, a União, por meio do Orçamento da Seguridade Social, obriga-se a garantir ao Sistema Único de Saúde, permanente e sem prejuízo da participação dos recursos do

Orçamento Fiscal, o aporte anual de recursos financeiros equivalente, no mínimo, à média dos gastos da autarquia nos últimos cinco exercícios fiscais.

Nesse sentido, nota-se que legislador constituinte expandiu os direitos sociais de forma que pudesse não deixar desamparados as pessoas que dele necessitem, mas também não quis deixar apenas sob a responsabilidade da União a integração do direito à saúde.

### **3. O DIRETO À SAÚDE**

A saúde é direito inerente a qualquer ser humano, estando intrinsecamente ligado ao uso dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Neste óbice, essa respectiva garantia possui respaldo no cotidiano social do amplo exercício da dignidade da pessoa humana. Corolário a isto, dispõe da seguinte forma o texto constitucional:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Tem-se por certo, que ao incluir esse respectivo artigo supracitado, o legislador constituinte quis resguardar o bem estar da população, a fim de usufruir de todos os direitos positivados na legislação constitucional e infraconstitucional, bem como zelar pelo controle das políticas públicas.

Nesta seara, decidiu a Desembargadora Federal Daniele Maranhão Costa do TRF 1ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE DAS LISTAS DO SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. CONDENAÇÃO DE ENTE PÚBLICO FEDERAL. CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Os três entes federados são solidariamente responsáveis pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema 793 - RE 855.178/SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe -050

16/03/2015). Assim, em casos como o presente não se cogita da ilegitimidade passiva de nenhum deles para responder à pretensão. Ilegitimidade passiva da União afastada. 2. Incumbe ao Estado a garantia do direito à saúde, assegurado constitucionalmente, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção e proteção desse direito (art. 196 da Constituição Federal de 1988). 3. Conforme consolidada jurisprudência do STJ e do STF, a intervenção do Judiciário voltada para garantir a prestação de direitos sociais, como a tutela do direito à saúde com a determinação de distribuição de medicamentos, não viola o princípio da separação dos poderes, sem prejuízo da constatação de que a atuação do Estado-juiz deve ser pautada pela prudência e moderação, limitando-se a garantir a implementação de um direito fundamental posto em risco em decorrência da omissão ou ineficiência estatal. 4. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada como justificativa para a inércia governamental no adimplemento de uma prestação positiva imposta ao poder público pela Constituição Federal, como é o caso do fornecimento de fármacos, sob pena de se comprometer a própria eficácia da norma constitucional. Na mesma linha, a cláusula da reserva do possível se ressent de higidez diante da necessidade de atendimento de direitos inerentes ao chamado mínimo existencial, ao que se agrega sua insubsistência nas hipóteses em que o poder público não comprovar a impossibilidade orçamentária de cumprir com sua obrigação. Precedentes do STF. 5. O STJ apreciou a questão do fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (art. 19-M, I, da Lei nº 8.080/90), em sede de recurso repetitivo (Tema 106, REsp 1.657.156/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 04/05/2018), admitindo o fornecimento de fármacos não constante das listas do SUS em caráter excepcional, desde que atendidos os seguintes requisitos: 1) demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento do tratamento e da ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da doença, o que será aferido por meio de laudo médico circunstanciado e fundamentado expedido pelo médico que assiste o paciente; 2) comprovação da hipossuficiência do requerente para a aquisição do medicamento sem que isso

comprometa sua subsistência e 3) que o medicamento pretendido já tenha sido aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa. Requisitos atendidos no caso dos autos. 6. A existência de laudo médico indicando a doença da qual a parte autora é portadora e demonstrando a necessidade do medicamento requerido, bem como a ineficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da doença, e a hipossuficiência do requerente, impõem a manutenção da sentença. 7. Possibilidade de condenação da União em honorários advocatícios a favor da Defensoria Pública da União após a EC 80/2014, tendo em vista a autonomia funcional, administrativa e orçamentária da DPU. Precedentes do STF e deste Tribunal. 8. Apelação a que se nega provimento. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2019).

Em que pese ser determinado pela constituição a harmonia e independência dos poderes, percebe-se que a partir do julgado que o Poder Executivo na sua incumbência constitucional de administrar e executar políticas públicas, poderá ter em sua esfera de atuação, a intervenção do judiciário para assegurar os direitos sociais, sem que isso configure ingerência de um Poder sobre o outro.

### **3.1. Noções gerais do direito à saúde.**

A dignidade humana é pedra angular norteadora de grande parte dos outros princípios da legislação vigente. Não à toa, é instruído o art. 5º, caput, da CF/88 de forma que seja assegurado o direito à vida. Nesse diapasão, é que se mostra essencial o fornecimento de toda medicação ou ajuda médica necessária a toda pessoa que dela necessite.

De acordo com Lenza (2006, p. 06), o Direito à vida, de forma genérica previsto no art. 5º. caput, da Constituição Federal, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna.

Nesse diapasão, é função essencial do Estado regular as políticas públicas a serem adotadas para assegurar este direito fundamental. A Lei 8.080 de 1990 passou a dispor sobre a incumbência do Estado da seguinte maneira:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. (BRASIL, 1990).

É possível notar dessa forma, que por ser um direito fundamental, deve ser tratado como requisito essencial para o cotidiano do ser humano. Nesse sentir, ingressar no judiciário buscando a tutela jurisdicional, é perfeitamente adequado para manter as condições inerentes a dignidade humana.

### **3.2. Aspecto sociais do direito à saúde.**

É notório que para a maioria das pessoas, o protagonismo do judiciário na saúde acaba afetando e até em algumas ocasiões inviabilizando as políticas públicas dessa respectiva área e o próprio SUS em si, entretanto, faz-se necessário destacar que o chamado ativismo judicial se relaciona por diversas vezes com o direito à vida inerente ao ser humano, sem o qual não é possível sobreviver.

O que se observa é que a execução das políticas públicas no que tange a área de saúde não acompanhou a evolução dessa garantia fundamental e continua muito aquém das necessidades da população, deixando-os desamparados em um dos momentos mais caóticos de todos os tempos.

De acordo com o professor BARROSO (2008) as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.

Desta feita, o judiciário começou a atuar mais ativamente nas questões relacionadas aos direitos sociais, o que por si só, gerou uma onda de decisões judiciais dispondo da obrigação de realização de determinados a fim de garantir o bem estar do seu humano, isso é tratado como a judicialização da saúde. Esse fenômeno, oportuniza as pessoas necessitadas, um atendimento respectivo aos serviços de saúde, tutelado nessa hipótese, pelo poder judiciário.

Na opinião de muitos, o efetivo acesso à saúde só se concretiza com o amplo acesso à justiça, e deve ser assegurado por ela, diante da omissão dos outros poderes. Ainda que o SUS, seja reconhecido como um dos sistemas de saúde mais abrangentes e evoluídos do mundo, ainda possui vários defeitos, podendo ser considerado falho.

É importante destacar também, que o Ministério da Saúde elabora anualmente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, em que é elencada e divulgada as prioridades nacionais da saúde, destacando nesse sentido, a segurança e eficácia do medicamento para com as enfermidades.

Esta relação de medicamentos serve de documento guia para a elaboração das listas municipais e estaduais conforme suas próprias situações epidemiológicas, para a orientação das prescrições a serem feitas de acordo com o próprio abastecimento do SUS.

### **3.3 O mínimo existencial**

O mínimo existencial ou mínimo social, garante que o princípio da reserva possível não seja usado como forma de escusa para que não seja assegurado o exercício dos direitos fundamentais mínimos a pessoa humana. Sendo assim, deve ser compreendido e interpretado da forma que melhor se adequar ao indivíduo que dele necessite, a fim de que haja a execução do direito à saúde.

Dessa maneira, não se pode confundir o mínimo existencial com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, pois este é um corolário do direito à vida (art. 5º, caput, da Constituição Federal). Não permitir que alguém morra de fome, embora seja o primeiro e mais básico aspecto do mínimo existencial, com ele não se confunde. O mínimo existencial é um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que implica deveres de abstenção e ação por parte do Estado. Confundir o mínimo existencial com o mínimo vital (de sobrevivência física) é reduzir o mínimo existencial ao direito à vida. (NUNES, 2019, p. 973)

A verdadeira efetivação da teoria do mínimo existencial, encontra-se na junção com o princípio da dignidade humana que nada mais é, propiciar aos menos desfavorecidos o direito à vida, à igualdade e à liberdade, que só encontra o fim com bem estar social.

A teoria dos freios e contrapesos, deve sempre nortear o ordenamento jurídico, porém, o Poder Judiciário não só pode, como deve, exigir dos entes federativos o cumprimento de deveres constitucionalmente previstos, sem receio de invadir a atribuições constitucionais que os outros Poderes possuem. Conseqüentemente, genéricas alegações de cunho orçamentário não podem legitimar o descumprimento de um dever constitucional.

Além disso, na ponderação entre os princípios do mínimo social e o da reserva do possível, possui o entendimento a Suprema Corte que, no que diz respeito à saúde, é essencial a atuação do Poder Judiciário a fim de determinar o cumprimento da obrigação a ser realizada pelo ente federativo responsável da demanda. Nesse sentido, a Segunda Turma do STF entende da seguinte forma:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAS DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES

INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

Nessa perspectiva, à título de exemplo, durante um tratamento médico, subentendia-se que estaria o magistrado a invadir a esfera privativa do gestor, em clara afronta ao princípio da separação dos poderes, o que por diversas vezes era rebatido pelo judiciário a fim de demonstrar o acesso universal à saúde.

#### **4. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE**

Em se tratando da atuação da Defensoria Pública da União na sua função institucional de assegurar o perfeito cumprimento das leis que regem a CF/88, a Lei Complementar nº 80, de janeiro de 1994 dispõe o seguinte:

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública:

I – a primazia da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais;

II – a afirmação do Estado Democrático de Direito;

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e

IV – a garantia dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. (BRASIL, 1994).



Dessa forma, depreende-se que a DPU, na sua função institucional, há de sempre lutar pela garantia do direito à vida face a cláusula da reserva do possível. Ademais, a DPU conta com um baixo orçamento destinado pela União, e atende diversas matérias, dentre elas, os direitos sociais são um dos principais procedimentos que requerem maior cautela. Não raro, é expedido ofício aos órgãos responsáveis para obter uma satisfação extrajudicial e célere.

Para Martins (2004, p. 516) verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano.

Porém, o que é possível observar é que na maioria dos casos, a resposta não é imediata, e nesse sentir, é necessário ajuizar as demandas para garantir a efetividade do direito à vida da pessoa atendida, do contrário, a não efetivação do direito poderá ocasionar a perda de uma vida.

#### **4.1 Dos julgados no Estado do Tocantins no que tange à saúde**

Tem se por certo que os problemas relacionados à saúde, como falta de leitos em UTI, escassez de medicamentos e insumos para pacientes e profissionais da área é de escala nacional. No Estado do Tocantins não é diferente, a realidade alarmante. São diários a divulgação de notícias de pessoas que morrem à espera de consultas ou da falta de medicamentos. Em que pese a falta de ações do poder público ser constante para a solução do problema, a via de judicialização da saúde é inevitável.

Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado pelo TJ-TO:

REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO. DEVER DO ESTADO E MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE IMPERTINENTE. REEXAME IMPROVIDO. 1- Uma vez comprovadas a necessidade do tratamento médico prescrito ao paciente e sua impossibilidade de custeá-lo por conta própria, incumbe ao Poder Público fornecer o tratamento, em observância ao direito fundamental à saúde encartado no art. 196 do CF/88; 2 - A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no polo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles, ou de ambos, nos moldes

do art. 198 da CF, c/c art. 11, § 2º da Lei 8.069/90 e art. 30, VII, da CF; 3 - A não efetivação, pelo Poder Executivo, de políticas públicas estabelecidas na Constituição abre espaço para o papel fiscalizador do Poder Judiciário, garantindo a cada pessoa necessitada a efetiva tutela ao seu direito fundamental à saúde, sem que isso configure ingerência de um Poder no outro, sob pena de se viabilizar o retrocesso social e de se conferir proteção insuficiente a direito constitucional; 4 - Não há que se falar em reserva do possível a obstar o dever de o Estado salvaguardar o direito à saúde quando, sequer, resta demonstrado a alegada insuficiência orçamentária, mormente quando em jogo a tutela de direito inserido no núcleo essencial que qualifica o mínimo existencial. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2017).

Do mesmo modo:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPROVADA NECESSIDADE DO USO DO FÁRMACO. SUPREMACIA DO DIREITO À SAÚDE E À VIDA. RECURSO PROVIDO. 1. A saúde é direito social fundamental (arts. 6º, caput, e 196, CF), inserindo no conceito de mínimo existencial, razão pela qual é dever do Estado garantir a todos uma vida digna, incluindo-se, aí, o fornecimento de medicamento. 2. Comprovada a necessidade do medicamento, a urgência e a carência financeira para adquiri-los, é dever do ente público o fornecimento, garantindo as condições de saúde e sobrevivência digna, com amparo nos artigos 196 e 197 da Constituição Federal. 3. O relatório médico apresentado é robusto em afirmar acerca da necessidade do medicamento indicado, em razão de ser o agravante portador de psoríase. 4. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2018).

Em ambos os julgados, o Egrégio Tribunal manifestou-se pelo acolhimento dos pedidos dos pacientes, pois as políticas públicas são insuficientes para tutelar o direito fundamental das pessoas carentes, o que resulta em um judiciário e ativo e protagonista na garantia dos direitos.

#### **4.2 Da necessária proteção ao direito à vida e sua conseqüente judicialização**

Vale destacar ainda que o Estado possui a obrigação de seguir os parâmetros definidos na Carta Política de 1988, quais sejam, os princípios do mínimo existencial, da dignidade humana e os definidos nos direitos sociais, bem como os dispostos na legislação infraconstitucional.

O não funcionamento da máquina pública na garantia do direito a uma vida digna em que haja sempre uma progressão na saúde, abre brechas para a judicialização desses direitos. Considerando que em muitos casos é necessário ingressar no judiciário para pleitear tal direito, é até certo ponto compreensível a morosidade do Poder Executivo em cumprir tais determinações.

De acordo com Lima (2020, p. 81), a positivação da saúde é fruto da operação fechada do direito, a resultar em decisão contingente que escolheu determinado sentido, mas poderia ter escolhido outro igualmente válido. Por isso mesmo, é muito provável que decisões futuras cheguem a considerar outro conteúdo como certo. Errar faz parte do risco sistêmico; é inevitável. Os erros são corrigidos após a sua percepção e uma das principais formas de detectá-los é abrir-se à heterorreferência com outros sistemas parciais.

Seguindo essa perspectiva supracitada, a materialidade da judicialização da saúde trata-se na verdade de uma complexa comunicação entre os órgãos. Outrossim, o desempenho falho, principalmente do poder executivo, na tomada das decisões relacionadas as políticas públicas, constitui a razão para o surgimento de um judiciário ativista.

### **4.3 Da importância do SUS**

O SUS é objeto de bastante discussão social, é bastante criticado por sua capacidade e morosidade no atendimento, mas também é elogiado pela sua abrangência em prestação de serviços públicos, visto que está inserido em todas as esferas do poder público em geral.

De acordo com Martins (2004, p. 520), o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas e federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde - SUS.

Com efeito, o SUS, embora ramificado, não perde sua unicidade, de tal sorte que qualquer dos seus gestores fica responsável por atender às exigências alusivas às ações e serviços indispensáveis à saúde pública. Além disso, a jurisprudência nacional baseada no artigo 196 da CF/88 tem entendido que a responsabilidade dos entes federados envolvidos nas matérias da saúde do cidadão pelo SUS, é solidária,

sendo assim, mostra-se mais do que necessário o fornecimento de medicamentos para pessoas de baixa renda, de forma que seja garantindo o acesso aos medicamentos necessários para tratar mazelas das pessoas vulneráveis.

Nesse sentido, confira-se o entendimento jurisprudencial do STJ quando tratado sobre a responsabilidade entre os entes da federação:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE RORAIMA.ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 333 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNALDE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DANECCESSIDADE DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SÚMULA 7/STJ.RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES DO STJ.ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL ÀSAÚDE, PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DAMATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIADO STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...) II. Conforme a jurisprudência do STJ, **“o funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”**. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013, grifos nossos).

Ademais, há de se observar que a responsabilidade do Sistema Único de Saúde - SUS, é objetiva, conforme estabelece o art. 927 do Código Civil, que todo aquele que causar dano, deve repará-lo, dessa forma, fica nítido a responsabilidade do Estado em reparar os danos que vierem a serem ocasionados pela morosidade em tratar da saúde daqueles que necessitam.

## 5. DA RESERVA DO POSSÍVEL

Por certo, o princípio da reserva do possível, dispõe que as necessidades dos seres humanos são infinitas, porém o Estado seguirá sua capacidade orçamentária e

financeira de prover as necessidades da população. Nesse liame, subentende-se que por inúmeras situações, o Estado tentará esquivar-se da aplicação de recursos os quais julga ser necessário ser aplicado a determinado caso específico.

Nesse liame, o Desembargador João Rigo Guimarães do TJ-TO manifestou da seguinte forma:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DEVER SOLIDÁRIO DOS ENTES FEDERADOS. FISCALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. RESERVA DO POSSÍVEL. TESE IMPERTINENTE. MEDICAMENTO NÃO CONSTANTE NA LISTA DO SUS - RENAME - DEVER DE PRESTAR O MEDICAMENTO QUE PERMANECE - PRECEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A União, o Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o tratamento imprescindível à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles, ou de ambos, nos moldes do art. 198 da CF, c/c art. 11, caput e § 2º da Lei 8.069/90 e art. 30, VII, da CF. 2. Uma vez comprovadas a necessidade do tratamento médico prescrito ao paciente e sua impossibilidade de custeá-lo por conta própria, incumbe ao Poder Público fornecer o tratamento, em observância ao direito fundamental à saúde encartado no art. 196 do CF/88. 3. A não efetivação, pelo Poder Executivo, de políticas públicas estabelecidas na Constituição abre espaço para o papel fiscalizador do Poder Judiciário, garantindo a cada pessoa necessitada a efetiva tutela ao seu direito fundamental à saúde, sem que isso configure ingerência de um Poder no outro, sob pena de se viabilizar o retrocesso social e de se conferir proteção insuficiente a direito constitucional. 4. Não há que se falar em reserva do possível a obstar o dever de o Estado salvaguardar o direito à saúde quando, sequer, resta demonstrado a alegada insuficiência orçamentária, mormente quando em jogo a tutela de direito inserido no núcleo essencial que qualifica o mínimo existencial. 5. A saúde do paciente não pode ficar condicionada a previsão de medicamento em lista do SUS, comprovada a necessidade do tratamento e este, não tendo condições de arcar com os custos, é dever de o Estado fornecer o medicamento devido a

quem precisa. O direito fundamental à saúde não pode ficar condicionado à previsão do medicamento necessário em lista elaborada pelo Poder Público (RESME - Relação Estadual de Medicamentos Essenciais), uma vez comprovada a imprescindibilidade de seu uso e a hipossuficiência econômica do paciente a impossibilitar o custeio particular do tratamento. O fato de o medicamento solicitado não constar em lista do SUS e/ou RENAME, não desonera o Estado de seu dever de proporcionar o tratamento mais adequado e eficaz aos que dele necessitam. 6. Recurso voluntário conhecido, porém, NÃO PROVIDO. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO TOCANTINS, 2018).

É bem verdade, que o Estado deve usar dos recursos necessários para gerenciar as demais áreas da sociedade, porém, quando não se há uma comprovação específica do impacto no orçamento, perante a vida de uma pessoa, necessário faz-se o afastamento da reserva do possível para que haja a verdadeira efetivação da equidade e da universalização de acesso à saúde.

### **5.1 Aplicação da cláusula da reserva do possível**

Com efeito o Estado possui discricionariedade para poder eleger as metas do da administração bem como suas políticas públicas, porém o dinheiro público é definido pela Lei Orçamentária Anual e as demandas sociais são infinitas. Destarte, assim como há a separação dos poderes, há também a separação de funções e áreas de atuação e competência de acordo com o caso a ser tratado. Pois, nesse tema, enfrenta-se também os repasses de verbas feitas pela União aos demais entes da federação.

Nesta seara, Nunes (2019, p. 951) ensina que na concepção original (alemã), a reserva do possível refere-se àquilo que é razoavelmente concebido como prestação social devida, em decorrência da interpretação dos direitos fundamentais sociais, eliminando as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas.

Dessa forma, não raro, o judiciário é alertado sobre a intromissão indevida na esfera administrativa no que tange a judicialização da saúde. A alegação sobre a possível paralisação da máquina pública para cumprir-se as determinações do judiciário, é a mais utilizada para cumprir o orçamento já engessado do Poder Público. Assim, a reserva do possível situa-se no plano jurídico como um alegado obstáculo para a efetivação dos direitos sociais elencados na Carta Política de 1988.

Outrossim, o STF, na pessoa do Ministro Celso de Mello, manifestou-se da seguinte forma na ADPF nº 45-9/DF:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004).

Destarte, como bem observado pelo Ministro Celso de Mello, a saúde é muito valiosa para o ser humano, e por esse motivo, merece a proteção do Estado, pois trata-se verdadeiramente de um requisito do ser humano disposto no ramo dos direitos sociais. E apesar da reserva do possível ser um dos princípios mais basilares do Estado, merece ser ponderada em determinados caso a fim de fazer valer o bem-estar social e os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional.

## **6. CONCLUSÃO**

Compreende-se que durante o passar dos anos, o direito à saúde, tem sido objeto alta discussão nos tribunais brasileiros. Destaca-se também, que os cenários gerados a partir deste direito fundamental, tem impacto direto no gerenciamento dos gastos públicos. Porém, como abordado durante todo o artigo, é possível notar que o direito à saúde, que por ser um direito fundamental, deve ser tratado como requisito essencial para a vida, no qual é necessário exigir do Estado todo e qualquer recurso financeiro para manter os cidadãos com dignidade e zelo.

A ideia da democracia, pressupõe a existência de direitos para todos, ganha-se destaque nesta conjuntura a equidade e o acesso universal às pessoas, sobretudo as de baixa renda. Nesse contexto, a DPU encaixa-se perfeitamente, visto que presta serviços de assistência jurídica gratuita em todas as instâncias. Mas o resultado só é

alcançado muitas vezes por decisão judicial, e em alguns casos, nem isso é suficiente para manter uma pessoa com vida.

A teoria da reserva do possível é louvável, pois busca impor limites de gastos para o poder público de acordo com sua capacidade. Entretanto, na análise e ponderação de ambos os princípios pelo judiciário brasileiro, tem prevalecido o entendimento que o direito ao mínimo existencial, que é os meios necessários e suficientes para o ser humano subsistir, não podem ser restringidos em prol dos recursos financeiros públicos.

Faz necessário ressaltar que, os órgãos governamentais devem estar atentos as outras áreas, como a educação, previdência social, dentre outras, que conjuntamente, demanda grande espaço do orçamento público. Porém, por tratar-se de requisito intrínseco sob o qual recai-se grande parte do exercício dos outros direitos decorrentes dele, a saúde merece atenção especial.

Vale destacar que no Brasil, devido à ingerência sobre os sistemas de saúde, fica claro que o número de ações judiciais na área da saúde está crescendo cada vez mais. Neste compasso, a busca pela tutela jurisdicional é a única forma de obter assistência médica adequada. Todavia, enfrentar as mazelas que acomete o ser humano, enfrentar questões burocráticas e judiciais, inegavelmente não é o melhor caminho, nem a melhor forma de aperfeiçoar o sistema de saúde brasileiro.

De todo modo, o Estado deve usar e dispor dos recursos necessários para gerenciar as demais áreas da sociedade e havendo uma situação de risco de vida de uma pessoa, faz-se necessário o afastamento da reserva do possível. E em que pese ser necessário ter prudência com o dinheiro público, tendo em vista seu fracionamento com as outras áreas, justifica-se o gasto extraordinário a fim de efetivar os direitos fundamentais.

Nesse liame, o gerenciamento do orçamento público, deve dispor de maneira eficiente sobre as possíveis causas em que seja necessária a utilização de recursos financeiros do Estado na saúde, para que não seja indeferido indevidamente os pedidos administrativos que tangem sobre este direito. Pois na hipótese da negativa, irá desenrolar-se uma lide que poderia ter sido evitada desde o início dos procedimentos administrativos.

Entretanto, o Estado afirma não poder atender todas as necessidades relativas à saúde, visto vez que as decisões proferidas a favor dos autores, aumentam consideravelmente o déficit público. E em consequência disso, alegam que devem respeitar ao princípio da reserva do possível para ser evitado o estado de calamidade financeira. Porém, como já visto, o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial



que vem sendo adotado pelas cortes do judiciário brasileiro, é que a saúde do cidadão não pode ser deixada de lado pelo Poder Público, em razão de ser direito fundamental ligado ao direito à vida, assim, as alegações sobre exaurir os recursos públicos, não podem ser um impedimento para concretização do direito à saúde.

Em suma, como grande parte da população que sofre com a falta de infraestrutura do SUS é hipossuficiente, sem condições de manter sua própria subsistência, as pretensões relacionadas à saúde e medicamentos são recorrentes e quando não é possível uma resolução pelos meios extrajudiciais, os membros da DPU são obrigados a provocar o Poder Judiciário na busca pela efetividade do direito à saúde garantidos dos seus assistidos.

A garantia de uma vida saudável não deveria ser objeto de uma lide, porém, em se tratando de processo judicial, a DPU possui a incumbência constitucional de atuar e defender os interesses daquelas pessoas mais necessitadas e vulneráveis. Nessa ótica, compreende-se que a saúde não será negada por falta de espaço no orçamento público, deverá, ser buscado um diálogo administrativo e célere que beneficie ambas as instituições responsáveis pela defesa e concessão do direito, para que dessa forma sejam evitados gastos desnecessários para com a sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituição/Constituição.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm)> Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 132, de 07 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp132.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp132.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.225.222/RR**. Relator: Min. Herman Benjamin, 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24797349/agravo-regimental-no->

recurso-especial-agrg-no-resp-1225222-rr-2010-0223400-3-stj/inteiro-teor-24797350>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745745-MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 02 de dezembro de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7516923>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45-DF**. Relator: Min. Celso de Mello, 04 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Agravo de Instrumento 00003547120188270000**. Relatora: Des. Etelvina Maria Sampaio Felipe, 12 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753882156/agravo-de-instrumento-ai-3547120188270000>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Apelação Cível 0018068-44.2018.8.27.0000**. Relator: Des. João Rigo, 16 de julho de 2018. Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/753880132/apelacao-remessa-necessaria-apl-180684420188270000>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Tocantins. **Reexame Necessário 0010258-86.2016.8.27.0000**. Relator: Des. João Rigo, 08 de março de 2017. Disponível em: <<https://tj-to.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/662369639/reexame-necessario-reex-102588620168270000>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível 00055414720174013300**. Relatora: Des. Daniele Maranhão Costa, 06 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=55414720174013300&secao=JFBA>>. Acesso em: 14 nov. 2020.

BALESTRA, Otávio Neto. **A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde: evolução rumo à racionalidade**. R. Dir. Sanit., São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025/98615>>. Acesso em: 09 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial.** Conjur, 2008. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2020.

ESCOLA NACIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. Vista do n. 01 (2009): **Revista da Defensoria Pública da União.** Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/issue/view/13/4>>. Acesso em: 22 set. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Método, 2006.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em Direito à Saúde.** Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584936212/>>. Acesso em: 09 Nov 2020

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 21ª Ed. São Paulo: Atlas. 2004.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de direito da saúde.** São Paulo: Saraiva, 2013

NUNES, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional.** Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611430/>>. Acesso em: 29 out. 2020.

NOTAS:

[1] PASSOS JÚNIOR, Edy César dos. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Tocantins -UFT . Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo -FASEC . Advogado e professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail edycesar@gmail.com.

## **O SISTEMA DE COTAS RACIAIS NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE, INCLUSÃO E JUSTIÇA SOCIAL**

**LARISSA DO NASCIMENTO PINHEIRO:**

Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

**RESUMO:** Este artigo tem o intuito demonstrar a relevância do sistema de cotas raciais nas universidades públicas, bem como salientar o dever do Estado em promover a igualdade material perante os seguimentos marginalizados da população brasileira, através de ações afirmativas que visem a redução de injustiças causadas pelo racismo e pela exclusão social. Para tanto, adotou-se a metodologia bibliográfica e a análise dos dados divulgados pelo IBGE entre os anos de 2010 e 2020. Simultaneamente, busca-se elaborar o levantamento dos principais avanços de inclusão na educação superior pública desde a criação deste sistema até o cenário atual.

**PALAVRAS CHAVES:** Cotas raciais, princípio da igualdade, inclusão social, ações afirmativas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A aplicação do Princípio da Igualdade através de Ações Afirmativas – 3. A efetivação de Ações Afirmativas no Brasil voltadas para a educação e reparação: a origem das cotas raciais – 4. Os avanços obtidos após a efetivação das cotas raciais através de dados divulgados pelo IBGE entre os anos de 2010 e 2020 – 5. Considerações Finais – 6. Referências Bibliográficas

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho busca de forma sucinta demonstrar, preliminarmente, a aplicação do direito de igualdade, positivado na Constituição Federal de 1988. Visto que ele é peça fundamental para se construir um país justo e igualitário. Sendo dever do Estado em provê-lo, e buscar sua efetividade através de políticas públicas em prol dos mais necessitados e marginalizados.

Neste sentido, o tópico (2) deste artigo apresentará um breve embasamento teórico no ordenamento jurídico acerca da aplicação do Princípio da Igualdade e sua vertente que condiz com as Ações Afirmativas aplicadas pelo Estado. Na sequência, o tópico (3) abordará sobre o que são as Ações Afirmativas, como elas são aplicadas no país e a origem das cotas raciais no Brasil. Por fim, o item (4) abordará sobre os

avanços obtidos em relação a inclusão de negros e pardos nas Universidades Públicas após a implementação das cotas raciais, culminando na análise de dados divulgados pelo IBGE entre os anos de 2010 e 2020.

## **2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ATRAVÉS DE AÇÕES AFIRMATIVAS**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram positivados diversos direitos fundamentais de cunho individual e coletivo, da qual destaca-se o direito a igualdade. O art. 5º, caput, da CF/88 prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, de forma explícita que a igualdade é o alicerce que visa tornar o sistema jurídico justo perante todos os indivíduos.

Convém salientar que o princípio da igualdade possui duas vertentes, da qual, uma prevê o mesmo tratamento a todos os cidadãos perante as normas jurídicas, denominada igualdade formal, e a outra, através da aplicação das normas jurídicas de forma justa e igualitária, partindo da máxima de Aristóteles de que “os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais, de forma desigual, na medida de sua desigualdade”, denominada igualdade material. No entanto, a visão que norteia as ações afirmativas são motivadas pela vertente da igualdade material, já que são voltadas para os indivíduos que se encontram em estado de vulnerabilidade social, por visarem a inclusão social e econômica de grupos marginalizados e historicamente carecidos de oportunidades de progresso.

Como bem nos assegura Dias (2017) o princípio da igualdade busca dar tratamento isonômico apenas aos indivíduos que se encontrarem em situações semelhantes. Já que no primeiro instante, tem-se o objetivo de livrá-lo do meio que se encontram, para que possa equipara-se e vir a ser abordado de uma forma diferente pelos demais.

Outrossim, o artigo 3º da CF/88, prevê os objetivos fundamentais da República, da qual deve ser cristalina a tendência do Estado para prover com primazia a igualdade material, visto que a positivou no texto constitucional quando o legislador enfatizou sobre a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, e ainda na “erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais”.

Logo, através da execução da igualdade material, por meio de políticas públicas que visem ações afirmativas, que o Estado tenderá suprir as necessidades de grupos marginalizados da população brasileira, como negros e pardos. Levando em consideração a necessidade de fazer um resgate histórico, perante as injustiças

cometidas por mais de três séculos de escravidão e a evidente exclusão, que potencializou as desigualdades atuais.

### **3. A EFETIVAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO BRASIL VOLTADAS PARA A EDUCAÇÃO E REPARAÇÃO: A ORIGEM DAS COTAS RACIAIS**

A temática da política de cotas raciais no Brasil é amplamente discutida por doutrinadores, escritores e pelos cidadãos dada a necessidade de combate a grande desigualdade social que o país enfrenta. No entanto, para dar seguimento a esse tema, inicialmente, deve-se explicar a respeito das ações afirmativas, uma vez que, as cotas raciais são exemplos dessas políticas públicas.

No que se refere as ações afirmativas, elas podem ser classificadas como medidas essenciais e temporárias, promovidas pelo Estado ou pela iniciativa privada, e que possuem a finalidade de eliminar desigualdades que se perpetuam historicamente, estabelecendo a concessão de auxílios, redistribuição de terras, cotas em universidades e concursos públicos, entre outros. Elas existem para eliminar possíveis barreiras enfrentadas pela população mais vulnerável, já que buscam exteriorizar e corrigir situações desfavoráveis e injustas.

Portanto, essas medidas são extremamente importantes, já que por intermédio delas, possivelmente teremos a melhoria do acesso ao mercado de trabalho, a funcionalidade da educação pública de forma mais igualitária e a garantia de visibilidade para os excluídos perante a sociedade.

Isso posto, compete retratar que no Brasil existem dois tipos de cotas: as sociais e as raciais. No que se refere as cotas sociais, leva-se em consideração a questão econômica dos possíveis contemplados, ou seja, seu foco está em proporcionar acesso a educação de qualidade aos indivíduos que se encontram em estado de vulnerabilidade social, como estudantes oriundos de escolas públicas com renda familiar incompatível com a possibilidade de arcar financeiramente com uma educação de nível superior em instituições particulares. Cabe ressaltar que no Brasil a primeira universidade do país a adotar o sistema de cotas sociais foi a UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro no ano de 2000, através de Lei estadual que destinou 50% das vagas do processo seletivo a estudantes de escolas públicas cariocas.

Já as cotas raciais, são uma divisão das cotas sociais, e possuem o propósito de minorar as desigualdades socioeconômicas e educacionais entre indivíduos de diferentes etnias raciais, viabilizando de maneira justa e igualitária o ingresso destes em universidades públicas. Ademais, destaca-se que, a Universidade de Brasília –

UnB, foi a primeira a estabelecer o sistema de cotas raciais em seu processo seletivo no ano de 2004.

Nessa linha de raciocínio, Edilaine Bonato (2005) compreende que, a implementação de cotas raciais nas universidades públicas trata-se de um esforço para proporcionar a integração e visibilidade de grupos desamparados e pouco representados em posições de poder na sociedade brasileira.

Sobre o tema, leciona João Paulo de Farias Santos, que:

“Para a ampliação da cidadania, então, cabe uma busca pelo fim da exclusão social, da qual os negros são grandes vítimas. A educação é notoriamente um dos caminhos mais largos para a inclusão social que é possibilitada pelo Estado.” (SANTOS, 2005, p. 69)

Portanto, as cotas raciais são um grande avanço para a Educação no Brasil, pois através delas dar-se-á justa aplicação de direitos, através da equidade para negros e indígenas, devendo o Estado garantir reparação histórica a essas minorias.

Por conseguinte, o sistema de cotas começou a ser aplicado no ano de 2012, sendo regulado em âmbito federal, através da Lei nº. 12.711/2012, onde versa sobre a destinação de 50% (cinquenta por cento) das vagas de universidades públicas para o ingresso de estudantes de escolas públicas e de baixa renda (ou seja, as cotas sociais) em universidades públicas e instituições federais entre outras providências. Conforme podemos observar no art. 1º, parágrafo único, in verbis:

“Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita .” (BRASIL, 2012)

Lembrando que dentro das cotas sociais estão as cotas raciais. Ou seja, leva-se em consideração a existência de negros que estejam dentro das cotas sociais, e deve-se garantir sua inclusão através das cotas raciais. Essa porcentagem é deferida conforme a divulgação de dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) e conforme cada Unidade da Federação. Logo, se o estado possuir uma grande quantidade de pessoas que se autodeclarem negras, pardas ou indígenas, a porcentagem a reserva de vagas será maior, em caso contrário, a porcentagem será menor.

Sobre a questão, podemos encontrar na lei retro, sua aplicação através do art. 3º, in verbis:

Art. 3º. Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016). (BRASIL, 2016)

Posto isso, as cotas raciais, apesar de diversos posicionamentos desfavoráveis no meio político e popular, foram reconhecidas por unanimidade pelo STF como constitucionais, por possuírem um papel importantíssimo para a correção de desigualdades, restando o dessa forma improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186/DF, proposta pelo Partido Democratas (DEM), em razão da contrariedade sobre as políticas de cotas étnico-raciais oferecidas pela Universidade de Brasília – UnB, em 2014.

#### **4. OS AVANÇOS OBTIDOS APÓS A EFETIVAÇÃO DAS COTAS RACIAIS ATRAVÉS DE DADOS DIVULGADOS PELO IBGE ENTRE OS ANOS DE 2010 E 2020.**

Para que haja um entendimento relevante sobre a importância das ações afirmativas voltadas para a educação superior no país, elaborou-se uma pequena análise entre os dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, sobre a disposição do ingresso nas Universidades Públicas entre brancos, negros e pardos nos anos de 2010 (Censo Demográfico) e 2019.



No que tange as informações relacionadas à Educação voltada para o nível superior, buscou-se dar ênfase inicialmente no ano de 2010, em razão do censo demográfico. Das quais os dados apontam que, o Brasil era composto por 191,8 milhões de habitantes, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD. Nos quais, 91 milhões se declararam como brancos, 15 milhões como negros, 82 milhões como pardos, 02 milhões como amarelos e 817 mil indígenas.

No entanto, de acordo com a Síntese de Indicadores Sociais de 2010 – IBGE, o acesso ao nível superior para negros e pardos entre os anos de 1999 a 2009, até esse momento restava em posição menos favorecida em relação aos brancos, visto que os brancos em 1999 tinham uma frequência de 33,4% no Ensino Superior, já os pardos ocupavam 8,0% das vagas e negros apenas 7,5%. Logo, em 2009, houve um pequeno progresso nos índices de frequência no Ensino Superior para população negra, porém ainda não satisfatórios, dado que, em 10 anos a porcentagem de negros no ensino superior elevou-se para apenas 28,2% e a de pardos para 31,8%, de modo que resistia uma situação totalmente desigual em razão aos brancos, já que estes alcançavam 62,6 % de frequência, conforme o gráfico abaixo:

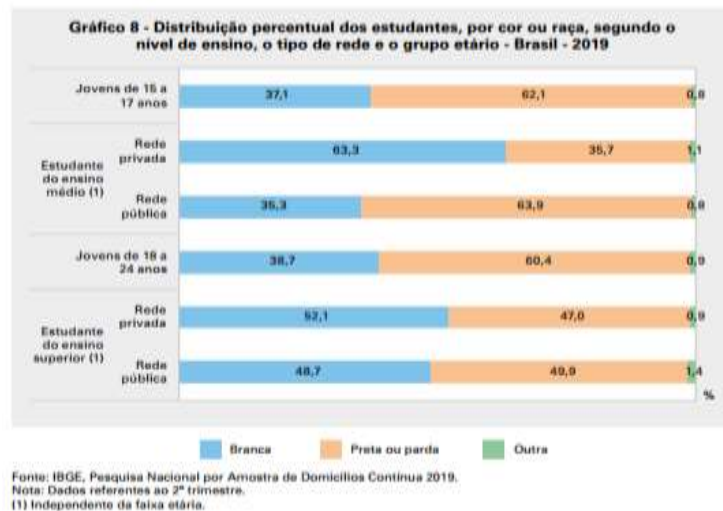


Fonte: IBGE, 2010

Em vista disso, atualmente somos mais de 212,3 milhões de habitantes, e conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2019, 42,7% dos habitantes se autodeclararam como brancos, 46,8% como pardos, 9,4% como pretos e 1,1% como amarelos ou indígenas.

Ademais, os dados informados pelo IBGE em 2019 a respeito da frequência no ensino superior de negros e pardos mostraram-se promissores. Visto que, com a introdução do Sistema de Cotas Raciais nas Universidades Públicas, em 2012, o ingresso da população negra e parda, elevou-se consideravelmente nos últimos anos. Conforme o Gráfico abaixo extraído do site oficial do IBGE, podemos notar a

significativa diferença de frequência de estudantes no ensino superior público, onde, 49,9% dos alunos do ensino superior da rede pública, são negros e pardos.



Fonte: IBGE, 2020

Desta maneira a implementação das Cotas Raciais foi uma revolução contra as desigualdades na Educação Superior Pública do país, visto que tiveram um resultado satisfatório em relação a inclusão de negros e pardos no meio universitário. Por fim, arrisca-se declarar que a busca por posições de privilégio para negros e pardos tendem a lograr êxito no futuro próximo. Mas, é preciso atentar-se que isso é apenas o início de um longo caminho a ser percorrido, rumo a plena igualdade de direitos para todos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, os arranjos sociais que possuímos hoje no país, são consequências de um passado escravista e omissivo, da qual medidas devem ser tomadas para garantir o direito imediato de igualdade perante todos e corrigir injustiças. Logo, as Cotas Raciais são de extrema importância para alavancar e equiparar, através da educação, a população negra e parda de forma igualitária para que possam lograr um futuro promissor.

Sendo assim, o direito a educação de ensino superior é competência do Governo Federal, devendo este, garantir oportunidades justas de concorrência a todos os cidadãos, perante o quantitativo de vagas oferecidas pelas Universidades Públicas espalhadas pelo país. Levando em consideração a precariedade da maioria das escolas públicas do país. Nesse sentido, o Estado ainda deve atender a todas as necessidades da população menos favorecida, vez que tem um dever com o povo de

garantir uma vida digna através da erradicação da pobreza e da marginalização mediante a redução das desigualdades sociais, estes que se encontram positivados em sua Carta Magna de 1988.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SANTOS, João Paulo de Farias. **Ações afirmativas e igualdade racial: a contribuição de direito na construção de um Brasil diverso**. São Paulo. Edições Loyola. 2005.

**DIAS**, Everaldo Medeiros. Cotas para negros em Universidades: função social do Estado Contemporâneo e o princípio da proporcionalidade. Jundiaí, Paco Editorial: 2017.

**JONINSEIN. J.; JUNIOR, J. F. (Org.)**. Ação afirmativa no ensino superior brasileiro. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

**BRASIL**. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 set. 2020.

**BONATO**, Edilane. O Sistema de cotas raciais nas instituições federais de ensino superior: UFPR, UFSC, UFRGS e UFSM. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

**SILVEIRA**, Matheus. Cotas sociais no Brasil. Politize! 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/cotas-sociais/>. Acesso em: 28 de outubro de 2020.

**BRASIL**. Lei nº 12.711/2012. Casa Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm). Acesso em: 04 de novembro de 2020.

**IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA**. Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população Brasileira. Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 27. Rio de Janeiro. 2010. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45700.pdf>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

**IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA**. Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população Brasileira. Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica, nº 43. Rio de Janeiro. 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

## **VANTAGENS E SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS ANTENUPCIAIS NO CASAMENTO**

**LUCIANA LOPES DA SILVA:** Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo-FASEC.

**RENATA MALACHIAS SANTOS MADER**

(Orientadora)[1]

**RESUMO:** O presente artigo tem por intuito uma análise dos contratos antenupciais como um instrumento jurídico que permite aos nubentes, desde antes do casamento, acordarem acerca da administração do patrimônio, além de possibilitar que estruturarem um regime próprio, verdadeiramente personalizado de regras não só patrimoniais como de convivência. Isso porquê, por meio do Princípio da Livre Estipulação é possível que os nubentes estabeleçam regras patrimoniais e extrapatrimoniais que melhor atendam suas necessidades, desde que não violem a lei, não atinjam a dignidade das partes, bem como não estabeleçam tratamento desigual ou de dependência para um dos cônjuges. Dessa forma, pretende-se esclarecer questões importantes sobre esse contrato acessório, não muito utilizado pela sociedade, especialmente por questões culturais, mas repleto de vantagens para os nubentes, além de proporcionar maior segurança jurídica e emocional aos mesmos.

**Palavras-chave:** Pacto antenupcial; Regime de bens; Segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is to analyze pre-nuptial contracts as a legal instrument that allows couples, since before marriage, to agree on the management of assets, in addition to enabling them to structure their own regime, truly personalized with rules not only regarding assets but also coexistence. This is because, through the Principle of Free Stipulation, it is possible for the spouses to establish equity and off-balance sheet rules that better meet their needs, as long as they do not violate the law, do not attain the dignity of the parties, and do not establish unequal or dependency treatment for one of the spouses. Thus, it is intended to clarify important questions about this accessory contract, which is not widely used by society, especially for cultural reasons, but full of advantages for the spouses, in addition to providing greater legal and emotional security for them.

**Keywords:** prenuptial agreement; Property regime; Legal certainty

**SUMÁRIO:** 1.Introdução 2. Regime de Bens. 2.1. Espécies de Regime de Bens 2.2.1Regime de Comunhão Parcial 2.2.2 Regime de Comunhão Universal 2.2.3 Regime de Separação Total e de Separação Legal de bens; Obrigatório 2.2.4 Participação Final dos Aquestos 3 Pacto Antenupcial 3.1 Conceito e Princípio da Livre Estipulação de Bens 3.2 Características Gerais e Elaboração 3.3 Segurança Jurídica e as vantagens do Pacto Antenupcial 4 Conclusão. 5 Referência.

## 1.INTRODUÇÃO

O presente artigo busca ressaltar as vantagens do pacto antenupcial no casamento como forma de resguardar os interesses patrimoniais e a segurança jurídica para os nubentes.

A escolha do regime de bens ocorre no momento do processo de habilitação do casamento, e em nosso ordenamento jurídico são disciplinadas quatro espécies de regime de bens: o regime de comunhão parcial, o de comunhão universal, o regime de separação total, o de separação legal/obrigatória, e o regime de separação final dos aquestos.

O pacto antenupcial tem natureza de contrato e deve ser formalizado pelos nubentes antes das núpcias por meio de escritura pública, isto é, de forma totalmente solene.

Será sempre obrigatório quando os nubentes optarem por um outro regime de bens, que não seja o da comunhão parcial, tido como convencional ou supletivo, ou o da separação obrigatória, legalmente imposto.

O que muitos não sabem, ou mesmo sabendo, não valorizam, é a possibilidade de criar um regime particular, verdadeiramente personalizado, através do pacto antenupcial, que trará vantagens e segurança jurídica para a vida a dois dos noivos, tanto no sentido patrimonial, como no sentido extrapatrimonial.

É, inclusive, uma forma de amenizar controvérsias por ocasião de eventual divórcio, além de evitar a demora e burocracia do Poder Judiciário, uma vez que as partes podem, por meio dele, ponderar acerca de questões como direito de visitas, indenizações em caso de infidelidade, dentre tantas outras que causam discussões acaloradas em um processo de divórcio.

Ademais, é um meio de os nubentes estabelecerem, deste antes do casamento, regras de convivência, como por exemplo divisão de tarefas domiciliares, evitando problemas futuros desde o início.

Logo, o pacto antenupcial não permite que se verse apenas sobre questões patrimoniais, é possível acordar também acerca de regras extrapatrimoniais em geral, funcionando como um instrumento fundamental de segurança jurídica e também de segurança emocional para o casal.

Dessa forma, ao longo deste artigo trataremos das vantagens e segurança jurídica advindas por meio da realização de pactos antenupciais pelos nubentes, identificando as etapas de elaboração e validação do contrato, compreendendo os requisitos necessários para sua validade e eficácia.

## 2.REGIME DE BENS

Para a melhor compreensão sobre os contratos antenupciais, neste capítulo, trataremos sobre cada espécie de regime de bens existente no ordenamento jurídico, que são indispensáveis para definir o tratamento e o vínculo patrimonial que será dado aos bens dos casados, tanto durante o casamento, como diante de um divórcio ou mesmo do falecimento de um deles, para fins de sucessão.

O regime de bens deve ser escolhido pelos nubentes antes do casamento, por meio de pacto antenupcial, em que os noivos podem escolher entre um dos regimes disponíveis no ordenamento jurídico, ou, ainda, criar um regime personalizado, que seja capaz de atender suas necessidades, respeitando sempre os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

Isso porquê, a estipulação do regime de bens a ser seguido se baseia, principalmente, no Princípio da Livre Estipulação, que permite aos nubentes estipular livremente o regime de bens da forma que melhor lhes atender, desde que o façam antes do casamento e sem contrariar a lei.

Os regimes de bens estabelecidos, no ordenamento jurídico brasileiro, são os seguintes: Regime de Comunhão Parcial de Bens; Regime de Comunhão Universal de Bens; Regime de Separação Total de Bens; e Regime da Participação Final dos Aquestos.

Neste sentido, Gonçalves destaca que:

Podem os nubentes, adotar um dos regimes modelos mencionados, como combina-los entre si, criando um regime misto, bem como eleger um novo destino. Conforme a lição de Lafayet-Te, "podem os contraentes escolher um desses regimes, ou modificá-los e combiná-los entre si de modo a formar uma nova espécie, como se, por exemplo, convencionam

a separação de certos e determinados bens e a comunhão de todos os mais. (GONÇALVES, 2020, p.452 ).

Importante ressaltar que, quando os nubentes não estabelecem qual regime regerá o vínculo patrimonial no matrimônio, o regime convencional, aquele que será aplicado no silêncio dos nubentes, será o Regime de Comunhão Parcial. É o que dispõe o *caput* do artigo 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (BRASIL, 2002).

Há, ainda, algumas situações elencadas no artigo 1.641 do Código Civil, que determinam a obrigatoriedade de se adotar o Regime de Separação Total de bens, independentemente da vontade dos nubentes.

Por fim, no tocante aos conviventes em união estável, nos casos de inexistência de contrato escrito que defina as relações patrimoniais entre si, também serão regidos pelas regras do Regime da Comunhão Parcial de Bens, o regime convencional.

## **2.2 Espécies de Regime de Bens**

### **2.2.1 Regime de Comunhão Parcial**

O regime de comunhão parcial de bens permite que todos os bens que qualquer um dos cônjuges adquira após o casamento possam ser compartilhados de forma igualitária e proporcional. Serão excluídos os bens adquiridos antes do casamento, ou seja, os chamados bens particulares.

E durante o casamento, os bens sub-rogados, doados por sucessão, não serão compartilhados. Ou seja, o bem particular sub-rogado não pode ser partilhado, mesmo que tenha uma aquisição onerosa na constância do casamento, ainda assim, será um bem particular. Neste sentido, destaca NADER;

O inciso II do art. 1.659 refere-se, ainda, aos bens adquiridos por doações e sucessões, durante o casamento, bem como os sub-rogados em seu lugar. Tal exclusão se harmoniza com a teleologia do regime, que é de formar o patrimônio comum com bens gerados pelo esforço do casal e durante a comunhão de vida. Nas diversas hipóteses do inciso I do art. 1.659, os bens adquiridos não resultam de esforço comum, mas de causas isoladas, ligadas exclusivamente a cada um dos cônjuges. A sub-rogação de que trata o inciso I é a que se opera com o objeto da doação ou de herança. (NADER, 2016.p.450).

Para melhor compreensão, citaremos um exemplo fictício: imagine que um dos pares possua um bem particular, isto é, que foi adquirido antes da união, caso venha a realizar a venda deste bem, o valor advindo desta comercialização não será fruto pertinente a partilha entre o casal, ou seja, legitimamente este valor continua sendo considerado patrimônio particular, e qualquer outro bem que seja adquirido com este valor também o será.

Nesse regime, portanto, haverá um patrimônio particular, adquirido antes do casamento e outro comum adquirido durante a constância do casamento. Sendo assim, requisitos como origem do patrimônio e temporalidade são uma forma de estabelecer a possibilidade de partilha, em eventual sucessão.

Ressalte-se que como bem assevera o artigo 1.663, § 2º do Código Civil, é necessária a anuência dos cônjuges, a chamada outorga uxória, para os atos que configurem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

É considerado, ainda, um regime supletivo ou, como frequentemente chamado, regime convencional, vez que, caso os nubentes não optem por nenhum tipo específico de regime de bens, isto é, se silenciarem acerca disso, o regime imposto por lei é o de comunhão parcial. Será o regime determinado, também, naqueles casos em que, existindo um pacto antenupcial, esse for considerado nulo ou ineficaz.

### **2.2.2 Regime de Comunhão Universal**

O regime de comunhão universal de bens traz a proposta de unicidade patrimonial, ou seja, uma unicidade dos valores econômicos. Nesse caso, todos os bens adquiridos antes do casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do casamento serão considerados como patrimônio comum dos cônjuges.

Inclui-se também os frutos dos bens adquiridos antes do casamento, como por exemplo, um valor de aluguel recebido pelo casal. São também comuns ao casal as dívidas adquiridas na realização da cerimônia do casamento e as dívidas anteriores ao casamento.

O regime da comunhão universal de bens importa a comunicação de todos os bens, ativo e passivo, presentes e futuros, dos cônjuges, que passam a formar uma única universalidade. Em outras palavras, tudo o que tinham ao casar e tudo o que adquirirem durante o casamento, seja a título oneroso ou gratuito, entra para a comunhão, formando-se um patrimônio comum. Neste sentido o art. 1.667 do CC: "*O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os*



*bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, [...]”.*(ARAUJO Jr, 2019.p30).

Importante destacar que há bens que serão excluídos da comunhão nesse regime, como, de acordo com o rol de bens apresentado pelo artigo 1.668 do Código Civil, dentre eles: as dívidas contraídas de forma particular, ou seja, que beneficiou apenas uma das partes, os bens de uso pessoal, além dos herdados ou doados por um dos cônjuges que estejam marcados com cláusula de incomunicabilidade e aqueles que se sub-rogarem em seu lugar, dentre outros.

Interessante mencionar que no passado o ordenamento jurídico pátrio adotava este regime como o convencional, e não o de comunhão parcial analisado no tópico anterior. Por fim, vale destacar que, caso os nubentes decidam por adotar este regime de bens deverão o fazer por meio de pacto antenupcial.

### **2.2.3 Regime de Separação Total e de Separação Legal de bens (obrigatória)**

Os artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil disciplinam o regime de separação total, enquanto o artigo 1.641 do Código Civil dispõe sobre o regime de separação legal de bens.

A grande diferença entre ambos é o fato de que na separação legal ou obrigatória os noivos que se encontrarem nas situações descritas pelo mencionado dispositivo não terão opção se não se casarem sob o regime de separação legal/obrigatória de bens. As hipóteses elencadas são:

Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL, 2002)

Para casais inseridos em causas suspensivas, que são aquelas determinadas com a finalidade de impedir danos ao patrimônio das partes, conforme artigo 1.523 do Código Civil, caso desejem se casar, deverão obrigatoriamente o fazer sob o regime de separação total de bens.

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

[...] (BRASIL, 2002)

No que tange aos maiores de 70 anos, devem se casar sob o analisado regime, como uma forma de se evitar golpes, protegendo o patrimônio do idoso. Muitos criticam essa determinação legal, argumentando que tal exigência leva a entender que os idosos são incapazes de cuidar ou terem autoridade em sua vida.

A última hipótese que impõe o casamento sob o regime de separação total é no caso de todos aqueles que para se casar necessitem de suprimento legal, isto é, menores de idade que não obtenham a autorização de um de seus pais e para que possa se casar necessitam de autorização legal que supra a ausência dessa anuência. Tal determinação, é entendida pela doutrina, como uma forma de se demonstrar insatisfação com aqueles que pretendem se casar mesmo quando o ordenamento jurídico sugere que não, se configurando como verdadeiro “castigo”.

Importante mencionar a Súmula 377 do STF autoriza que nos casos de casamento sujeito ao regime de separação de bens de forma obrigatória, é possível a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Neste sentido:

Extensos debates têm sido gerados acerca da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. O objetivo da Súmula era corrigir a anomalia legislativa verificada no revogado artigo 259 do Código Civil de 1916 e para ajustar a distorção verificada pelo enriquecimento indevido dos imigrantes varões, em cujo nome

eram habitualmente registrados os bens e as fortunas conquistadas com a paritária contribuição de suas esposas, que terminavam sem nada receber a título de meação, ausente no regime de separação de bens, ficando excluídas da divisão do patrimônio que, ineludivelmente, ajudaram a construir. A Súmula 377 do STF prestigia a colaboração do cônjuge na composição do lastro patrimonial e valoriza a colaboração imaterial entre os esposos, e entre os conviventes, a ponto de ordenar a divisão dos aquestos, e, portanto, não há por que afastar sua incidência em qualquer uma das hipóteses do artigo 1.523 do Código Civil, com a aplicação dos efeitos do artigo 1.641, quando a evidente *mens legis* pretoriana foi, principalmente, a de evitar o indevido enriquecimento.. (MADALENO, 2020.p.54 ).

Já no regime de separação total (não obrigatório), tem-se que os nubentes escolheram este regime por livre e espontânea vontade. Assim, os nubentes que optam por adotar este regime, o fazem por que pretendem que não haja qualquer comunicação patrimonial entre seus bens, sejam os adquiridos antes do casamento, sejam aqueles adquiridos na constância do casamento.

Sendo assim, no caso de morte de cônjuges casados sob estes regimes, e havendo herdeiros necessários, o cônjuge que quiser amparar seu companheiro terá que o fazer por testamento, determinando a parte do patrimônio que for de sua vontade que seja ao outro repassado. Em caso de existência de descendentes ele não terá o direito a herdar.

No mais, insta ressaltar que para o regime de separação obrigatória é desnecessária a realização de pacto antenupcial, pois se trata de imposição legal. No entanto, em se tratando de regime de separação total (não obrigatória), é indispensável que os nubentes façam o pacto antenupcial.

#### **2.2.4 Participação Final dos Aquestos**

O regime de participação final dos aquestos, também conhecido como regime misto ou híbrido, vez que comporta dois regimes distintos, está disciplinado entre o artigo 1.672 e seguintes do Código Civil.

No mencionado regime, a lei determina que durante a vigência do casamento sejam aplicadas as regras de separação total, isto é, os bens adquiridos antes do casamento e após o casamento não são comunicáveis. Mas no caso de uma eventual

dissolução do casamento, será aplicado regras próximas as do regime de comunhão parcial de bens, posto que conforme disciplina o artigo 1.674 do Código Civil:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. (BRASIL, 2002)

Registre-se que para a venda de bens imóveis, será necessária a outorga uxória, podendo, entretanto, esta determinação ser alterada por meio do pacto antenupcial, desde que no que se refere aos bens particulares. Além disso, as dívidas adquiridas após o casamento não se comunicam, salvo se for possível comprovar que se reverteu em favor do outro cônjuge.

Como se pode perceber, esse regime em muito se aproxima do regime da comunhão parcial, entretanto permite que os cônjuges tenham maior autonomia e liberdade na administração de bens. É um regime raramente utilizado, e mais recomendado para pessoas que exercem atividade empresarial, pois é possível que seja realizada determinadas tarefas sem a assinatura do cônjuge.

Neste também é necessário que os nubentes recorram ao pacto antenupcial para que o estabeleça como o regime que regerá as regras patrimoniais de seu casamento, caso assim desejem.

### **3.PACTO ANTENUPCIAL**

#### **3.1 Conceito e Princípio da Livre Estipulação de Bens**

O pacto antenupcial é um instrumento jurídico formal para os nubentes que pretendem estabelecer regras de convivência patrimoniais diferentes das estipuladas no regime de comunhão parcial de bens, o regime convencional, conforme já explanado. Neste sentido:

É um negócio jurídico de conteúdo patrimonial, através do qual se estipulam, além de acordo de gestão patrimonial, outras cláusulas de cunho econômico, regulamentando a circulação de riquezas entre o casal e deles em face de terceiros. (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 313)

Esse contrato está previsto no Código Civil Brasileiro entre os artigos 1.653 a 1.657. A realização deste negócio jurídico não é obrigatória, mas é considerada de suma importância, vez que traz extrema segurança às partes, como já mencionado, que não queiram adotar o regime de comunhão parcial de bens.

Acerca da escolha do regime de bens, o caput do artigo 1.639 da Lei nº10.406, de 10 de Janeiro do 2002, que instituiu o Código Civil, declara que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (BRASIL, 2002).

Tal dispositivo enuncia o princípio-base da liberdade de escolherem os nubentes o que lhes aprouver quanto aos seus bens, fundado na ideia de que são eles os melhores juízes da opção que lhes convém, no tocante as relações econômicas a vigorar durante o (GONÇALVES, 2019.p.451).

O supramencionado artigo prevê, portanto, o chamado Princípio da Livre Estipulação de Bens, que garante aos nubentes a liberdade de optarem por qualquer um dos regimes disponíveis no ordenamento jurídico, ou até mesmo autoriza que possam deliberar um regime próprio, exclusivo, personalizado e híbrido, desde que respeitado o que impõe o artigo 1.641 do Código Civil, que disciplina o regime de separação obrigatória de bens. Neste sentido:

O princípio vigente entre nós, entretanto, admite uma exceção: a lei fixa imperativamente o regime de bens a pessoas que se encontrem nas situações previstas no art.1641 tornando-se obrigatório. “A livre estipulação deferida aos cônjuges também não é absoluta, pois o art.1655 do referido diploma, referido no item anterior, declara” nula a convenção ou clausula dela que contravenha disposição absoluta de lei”. Não valem destarte, as cláusulas que dispensem os cônjuges dos deveres conjugais, ou que privem um deles do poder de família por exemplo. (GONÇALVES, 2019.p.452 ).

Diante da livre estipulação de bens, podem as partes disciplinarem acerca de variados pontos por meio do pacto antenupcial, não existindo impedimento para

tratarem de conteúdo existencial, isto é, acerca de regras de convivência. Comentando sobre esta possibilidade, mencione-se Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Admite-se, assim, que o pacto antenupcial, além de disciplinar o regime de bens do casal, contenha doações entre os cônjuges ou deles para terceiros – filhos, por exemplo –, compra e venda, promessa de contrato, permuta, cessão de direitos... Enfim, com esteio na autonomia privada, podem os noivos estabelecer cláusulas diversas, no pacto antenupcial, de diferentes origens e finalidades, disciplinando inúmeras questões privadas, inclusive domésticas, desde que sem afrontar os direitos e garantias fundamentais de cada pessoa humana. (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 352)

Como qualquer princípio, este também não é absoluto, vez que, como bem determina o artigo 1.655 do Código Civil, é “nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei” (BRASIL, 2002). Logo, cláusulas ou convenções contidas no pacto antenupcial que contrariem o que está disposto em lei padecem de nulidade.

Em sua obra, Flávio Tartuce menciona alguns exemplos de cláusulas que contrariam o ordenamento jurídico, e por isso serão declaradas nulas de pleno direito:

– É nula a cláusula que exclui o direito à sucessão no regime da comunhão parcial de bens, afastando a concorrência sucessória do cônjuge com os ascendentes (STJ, REsp 954.567/PE, 3.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011, *DJE* 18.05.2011).

– É nula a cláusula que estabeleça regras sucessórias dentro do pacto antenupcial, criando um regime denominado “separação total de bens, com efeitos sucessórios” (TJMT, Apelação 15809/2016, Capital, Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias, j. 21.06.2016, *DJMT* 24.06.2016, p. 82).

– É nula a cláusula do pacto antenupcial que afasta a incidência do art. 1.647 do CC nos regimes da comunhão universal e da comunhão parcial de bens, por prejudicar a meação da esposa.

– É nula a cláusula que consagra a administração exclusiva dos bens do casal pelo marido, enunciando que a mulher é incompetente para tanto. A previsão é nula por estar distante da isonomia constitucional entre homens e mulheres. (TARTUCE, 2020, p. 1.854 e 1.855)

Ressalte-se que, em sendo declarada a nulidade do pacto antenupcial, haverá a consequente aplicação do regime convencional, ou seja, do regime de comunhão parcial de bens, nos termos do *caput* do artigo 1.640 do Código Civil: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.” (BRASIL, 2002).

Já no que diz respeito a eventual nulidade de alguma(s) cláusula(s) contida(s) no pacto antenupcial, será aplicado o Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos (art. 184 do CC), retirando a(s) cláusula(s) nula(s) e conservando as demais, mantendo o pacto naquilo que não for nulo.

### **3.2 Características Gerais e Elaboração**

Os contratos são instrumentos jurídicos, unilaterais ou bilaterais, em que as partes estabelecem suas vontades, de forma igualitária, e sempre respeitando os limites legais. Expressões como contrato e pacto são tratadas como sinônimos, mas a praxe é de se designar os contratos acessórios de pactos.

No que tange à eficácia dos contratos, é imprescindível que este seja guiado pela boa-fé, resguardando sempre os interesses sociais (função social dos contratos), bem como a segurança jurídica ao interesse de ambas as partes, conforme previsto no artigo 422 do Código Civil.

A concepção social do contrato apresenta-se, moderadamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética, guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça cumulativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes.

(GONÇALVES, 2020.p.27).

O pacto antenupcial, portanto, é contrato acessório em relação ao contrato de casamento. É tanto que, seguindo a regra de que o acessório segue o principal, se o casamento não vier a acontecer, o pacto perde sua validade, afinal, de acordo com o que dispõe o artigo 1.639 CC, em seu § 1º: “O regime de bens entre os cônjuges

começa a vigorar desde a data do casamento” (BRASIL, 2002), bem como, extinto o casamento, também estará extinto o pacto antenupcial.

Fato interessante de se mencionar é que, já existem entendimentos jurisprudenciais no sentido de que caso o pacto antenupcial seja realizado e os nubentes não venham a se casar, mas passem a conviver em união estável, é possível adotar o pacto firmado como um contrato de convivência.

No tocante à elaboração, é necessário que, antes do casamento, os nubentes estipulem um regime de bens a ser seguido, e, então, redijam o documento estipulando todas as cláusulas de acordo com as vontades das partes, sempre regidas pelo que autoriza a lei. Sendo assim, a participação de um advogado é indispensável para tanto.

O pacto antenupcial deve ser feito por escritura pública, ou seja, é ato solene, sob pena de padecer de invalidade o documento, sendo indispensável seguir a forma exigida por lei para que tenha, também, eficácia contra terceiros após a realização do casamento. Além disso é necessária a presença dos nubentes, embora não haja impedimento para que estejam representados por procuradores, devidamente constituídos por meio de procuração pública. Neste sentido:

[...] Exige-se pacto antenupcial, realizado mediante escritura pública, para os nubentes manifestarem qual o regime de bens que será observado após o casamento. A escolha é feita antes do casamento, devendo a escritura pública ser anexada aos documentos necessários para o processo de habilitação. (LÔBO, 2017.p.311 ).

Dessa forma, o pacto antenupcial deve ser realizado perante Cartório de notas, em livro especificado por lei, e a escritura pública redigida, deverá, em seguida, ser submetida ao processo de habilitação do casamento perante o Cartório de Registro Civil do domicílio dos nubentes, ou onde será realizado o casamento.

Após a efetiva concretização do matrimônio, os recém-casados devem providenciar o registro da escritura também perante o Cartório de Registro de Imóveis de seu domicílio, e em todos os outros em que possuam bens imóveis registrados, como uma forma de eficácia contra terceiros.

No que tange ao momento de realização do pacto, a lei não determina prazo específico, mas deverá ser feito sempre antes da realização do casamento, de preferência juntamente com o processo de habilitação para o casamento.



### 3.3. Segurança jurídica e as vantagens do Pacto Antenupcial

Acreditamos que uma das maiores vantagens do Pacto Antenupcial a ser mencionada seja a possibilidade dos nubentes de se estabelecer regras particulares em sua relação.

Além disso está a segurança jurídica trazida às partes. O Princípio da Segurança Jurídica está previsto constitucionalmente, no artigo 5º, XXXVI, determinando que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988), e tem como foco a estabilidade no que diz respeito aos aspectos objetivos, além de garantir o equilíbrio nas relações sociais.

A segurança em sentido amplo é um dos anseios mais elementares do ser humano. Para o desenvolvimento sadio de uma vida, faz-se necessário um mínimo de estabilidade e proteção. No universo jurídico, a segurança representa um valor que todo direito deve cumprir pelo fato de sua mera existência, pois um mínimo de segurança e condição para que haja justiça. (NOHARA, 2019.p.111 ).

Como já mencionado, o grande objetivo do pacto antenupcial é estabelecer regras patrimoniais e de convivência que deverão ser seguidas pelos nubentes ao longo do casamento, bem como perante eventual divórcio e falecimento, além de ser capaz de produzir efeitos contra terceiros.

Por meio deste instrumento é possível evitar futuros desentendimentos relacionados ao divórcio, e, até mesmo, demoras judiciais, visto que as partes já acordaram sobre pontos importantes no pacto realizado.

Dada a natureza jurídica de que se reveste o instrumento analisado, algumas cláusulas são essenciais, tais como: nomes das partes, nacionalidade, o regime de bens estipulado, documentos pessoais, endereço eletrônico e físico, e qualificação profissional.

Conforme demonstrado em tópico anterior, cada um dos regimes de bens especificados e no ordenamento jurídico pátrio possuem características próprias, e em certa medida conseguem alcançar a maior parte dos diferentes anseios de vários nubentes em nosso país. Todavia, certamente, não esgota as mais diversas necessidades.

É por isso que o pacto antenupcial é diferencial, pois por meio dele, conforme também já mencionado, é possível criar um regime de bens único, de fato

personalizado, e que atenda aos mais diversos interesses do casal, sem jamais, é claro, transgredir a lei, a moral e a dignidade das partes.

Dessa forma, é possível disciplinar as regras patrimoniais e extrapatrimoniais que vigorarão ao longo do matrimônio. E as opções são inúmeras, como por exemplo no caso de um casal que já possuam bens antes mesmo do matrimônio, e gostariam de que apenas alguns integrassem o patrimônio comum do casal, ou seja, nem pretendem se utilizar do regime da comunhão parcial e nem da comunhão total, assim, podem por meio do pacto antenupcial informar quais bens integrarão o patrimônio comum e quais não integrarão, ou mesmo podem determinar que bens de até 'X' valor integrarão o patrimônio comum, e acima daquilo integrará o patrimônio particular.

Diante da possibilidade de se estabelecer regras extrapatrimoniais, o casal pode estipular que seja determinada uma indenização que será devida no caso de infidelidade de uma das partes, ou ainda que o cônjuge poderá atuar como seu procurador em determinadas situações ali descritas. Podem ainda determinar regras de convivência, como quem custeará o que diante de despesas domiciliares. Casais famosos podem querer estipular, inclusive, uma cláusula que garanta o sigilo diante de eventual divórcio.

As possibilidades são infinitas, e devem sempre, repita-se, respeitar a lei, bem como garantir que não se crie uma situação de desigualdade e nem de dependência entre as partes.

A obrigação de se proceder a realização do pacto antenupcial se dará sempre que o regime de bens pretendido pelos nubentes não seja o da comunhão parcial de bens. Então, se optarem pelo regime de comunhão total, separação total ou participação final nos aquestos será necessária a elaboração do pacto. No tocante ao regime de separação obrigatória fica também dispensado a feitura do pacto, vez que é determinação legal sua adoção.

Diante de todo o exposto, é possível perceber que o pacto pode ser um instrumento eficaz para se possibilitar a gestão do patrimônio de uma forma viável para os nubentes, e isso é determinante não apenas quando se tratam de casais abastados monetariamente, mas também em face de algumas profissões em que a negociação de bens seja determinante e depender da anuência do cônjuge possa ser um problema, mas que mesmo assim queiram manter alguns bens em patrimônio comum.

Ademais, “[...] o pacto antenupcial serve como meio de prevenção de litígios de ordem patrimonial, entre o casal, por conta das disposições havidas, neste, a respeito

da segurança na manutenção da propriedade e administração dos bens comuns e particulares” (NEVES, 2020).

Por questões culturais, a feitura de pactos antenupciais estabelecendo regras particulares no Brasil, embora possível, não é tão utilizada. Mas é certo que é um meio idôneo para se planejar regras patrimoniais e extrapatrimoniais, desde antes do casamento, trazendo maior segurança jurídica às partes, além de evitar diversas burocracias e discussões desnecessárias diante de eventual divórcio.

#### **4.CONCLUSÃO**

Com base em tudo que foi apresentado, o pacto antenupcial é necessário quando os nubentes não forem adotar o regime de comunhão parcial de bens, considerado o regime convencional em nosso ordenamento jurídico. Além disso, através do Princípio da Livre Estipulação, é possível aos nubentes criarem um regime de bens totalmente particular e personalizado por meio do pacto antenupcial, desde que respeitem a lei, a dignidade das partes, bem como mantenha a igualdade entre as partes e não coloque em situação de dependência qualquer uma das partes.

O pacto antenupcial deve ser realizado antes do casamento, de preferência junto com o processo de habilitação, mas a lei não estipula prazo máximo ou mínimo para tanto. Além disso, deve assumir forma solene, sendo, portanto, indispensável escritura pública para a sua validade, bem como a averbação desta perante o Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes e de todos aqueles em que possuam imóveis registrados.

A presença de um advogado não é indispensável, mas altamente recomendável, vez que o respeito ao ordenamento jurídico e a redação de forma que melhor atenda às necessidades do casal são determinantes para sua eficácia entre as partes.

Embora possível, o pacto antenupcial como forma de instrumento para se realizar um regime personalizado entre os nubentes, é pouco utilizado em nosso país. O grande motivo é de cunho cultural, vez que um prévio ajuste sobre questões patrimoniais e mesmo de regras de convivência poderiam se caracterizar como evidente falta de amor.

A verdade é que o pacto nupcial pode ser uma das melhores formas de organização patrimonial e extrapatrimonial no casamento, pois permite a escolha/criação de um regime de bens que melhor se compatibilize diante da forma familiar que se pretende adotar, bem como diante das atividades e costumes dos cônjuges. Configurando-se, portanto, em um instrumento capaz de trazer maior

equilíbrio e de resguardar as vontades dos nubentes dentro da lei, garantindo, ainda, a segurança jurídica e emocional dentro da relação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO Jr , Geddel Claudino de Araújo, **Prática no Direito de Família** 11ª ed. São Paulo. Atlas, 2019

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal . Sumula n 377**, In`\_\_ Sumulas . São Paulo: Fonte de publicação DJ de 08/05/1964, p. 1237; DJ de 11/05/1964, p. 1253; DJ de 12/05/1964, p. 1277.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva2015.

CÓDIGO CIVIL, BRASIL, **doutrina e jurisprudência**. e atual. Brasília: 2002.

FARIAS, ROSENVALD. Cristiano Chaves, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**, volume 6 / Cristiano Chaves de Farias; – 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família** 16ª ed. São Paulo : Saraiva, 2019.

<https://jus.com.br/artigos/85764/as-vantagens-do-pacto-antenupcial>, 19/11/20; 8;47h

LÔBO, Paulo; **Direito Civil; Famílias**, 7ª Ed. São Paulo: Saraiva 2017

MADALENO, *Rolf*. **Manual de Direito de Família**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2020

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo** 10ª Ed. São Paulo: Atlas.2020

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

NEVES, Daniel Amorim Assumpção **Manual de Direito Processual Civil Volume Único** 12º ed Salvador.: Podivam 2020

Vade Mecum. **Coletânea de Leis**. 1ª Ed Senado;2016

TARTUCE, Flavio; **Manual de Direito; Volume Único** 10ª ed. Rio de Janeiro Método 2020,

NOTAS:

[1] Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Fundação UNIRG. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

## DIREITO DE FAMÍLIA: MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

**VALERIA BATISTA CARREIRO:**

Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL.

**RESUMO:** Ao longo da história, o instituto familiar passou por transformações em sua construção por conta de estar diretamente relacionado a evolução da sociedade. Diante disso, o presente trabalho irá analisar as modificações que ocorreram no conceito de família, e suas transformações, principalmente quanto a filiação. O surgimento de novos arranjos familiares frutos dessas mudanças, em que a afetividade e o amor apresentam protagonismos. Dessa forma, a filiação socio afetiva passou a ser protegida pela CRFB/88, vedando a discriminação entre os tipos de filiação e valorizando o afeto. É nesse contexto que, surge a o fenômeno jurídico da multiparentalidade que apresenta como princípios fundamentais o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, entre os pais e filhos, afetivos e biológicos. Diante do exposto, o presente trabalho busca analisar aceitação da multiparentalidade pela doutrina e jurisprudência, assim como os seus efeitos jurídicos.

**Palavras-chave:** Família. Filiação. Socioafetividade. Multiparentalidade. Efeitos jurídicos.

**ABSTRACT:** Throughout history, the family institute has undergone transformations in its construction because it is directly related to the evolution of society. In view of this, the present work will analyze the changes that occurred in the concept of family, and its transformations, mainly regarding affiliation. The emergence of new family arrangements as a result of these changes, in which affectivity and love play a leading role. Thus, the affective socio-affiliation started to be protected by the CRFB / 88, prohibiting discrimination between the types of affiliation and valuing the affection. It is in this context that the legal phenomenon of multi-parenting emerges, which presents as fundamental principles the best interest of the child and the dignity of the human person of all those involved, between parents and children, affective and biological. In view of the above, this paper seeks to analyze the acceptance of multiparenting by doctrine and jurisprudence, as well as its legal effects.

**Keywords:** Family. Affiliation. Socioaffectivity. Multiparenting. Legal effects.

### 1.INTRODUÇÃO

É notório que o conceito de família sofreu uma série de transformações nos últimos tempos, em decorrência das importantes modificações advindas da evolução

socioeconômica, que provocaram o surgimento de novos arranjos familiares e alterações nos valores da sociedade como um todo.

Nesse contexto, é preciso destacar que a família moderna apresenta como elementos de destaque o valor jurídico da função social dos seus membros e o afeto, desvinculando a ideia do conceito tradicional, em que o matrimônio era a base central da formação familiar.

Desta forma, busca-se caminhar pela expansão do conceito de família, analisando o seu desenvolvimento histórico com intuito de compreender os novos arranjos presentes na sociedade nos dias de hoje, em que acarretou na ampliação do conceito de filiação. É nesse cenário que surgem as novas estruturas constituídas pela parentalidade socioafetiva que podem apresentar como consequência, a multiparentalidade. Diante disso, o legislador deve se adequar à nova realidade social, se amparando na doutrina para orientar a tutela das novas relações de parentescos nascidas da afetividade respeitando os preceitos constitucionais.

O presente trabalho tem como objetivo contribuir para o entendimento a respeito do tema da filiação socioafetiva e atestar a viabilidade da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse prisma, primeiramente se tratará do desenvolvimento do conceito de família e de suas transformações até alcançar os novos modelos presentes na sociedade atual. Na sequência, serão analisados os aspectos referentes a filiação, sua evolução histórica e os desmembramentos dentro no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, tornando possível verificar como se estruturam os novos modelos de filiação, tendo como ênfase, a filiação socioafetiva e os seus efeitos jurídicos.

## **2.INSTITUTO FAMILIAR E FILIAÇÃO**

O conceito de filiação, assim como todo o direito de família, sofreu grandes transformações no decorrer da história. É possível dizer que sua conceituação se expandiu dentro do ordenamento jurídico no sentido de tornar sua definição mais ampla.

Dessa forma, para que seja possível compreender a filiação em seu modelo atual, é necessário analisar a evolução histórica do instituto e suas implicações dentro do direito de família. É possível notar que antigamente a proteção legal feita pelo Estado estava atrelada diretamente ao matrimônio; a Igreja Católica apresentava grande influência, em decorrência do direito canônico, não permitindo que os filhos concebidos em relações extraconjugais fossem reconhecidos, até o próprio sistema

judiciário apresentava entraves para esse reconhecimento, o que proporcionava um ambiente preconceituoso, sendo os mesmos considerados como “ilegítimos”.

Segundo o jurista Rolf Madaleno (2018, p. 658-659), o Código Civil de 1916 realizava a distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados, de forma que os filhos legítimos eram aqueles que se originavam das núpcias e os ilegítimos poderiam vir a ser legitimados no caso de seus pais casarem, enquanto os demais filhos que apresentavam a origem fora do casamento eram considerados ilegítimos, e se subdividiam em naturais, caso seus pais não fossem casados e espúrios quando existiam motivos para o impedimento do matrimônio de seus genitores. Ainda, os filhos espúrios eram subdivididos em adúlteros e incestuosos.

Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 239) sobre o tema, observa-se:

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada.

Dessa forma, é evidente que nesse período o casamento apresentava um grande destaque, por ser o que definia se os filhos deveriam ser considerados legítimos ou ilegítimos.

Com o advento da CRFB/88 conhecida como democrática, social e cidadã, passou a ser vedada qualquer qualificação relativa à filiação, sendo fundamental para o desenvolvimento do novo conceito tanto de filiação, como de família. Nesse contexto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenlva (2016, p. 567), explicam sobre o tema que

Somente com a normatividade garantista da Constituição-cidadã de 1988 é que foi acolhida a isonomia no tratamento jurídico entre os filhos. Aliás, preceito oriundo Convenção Interamericana de Direitos Humanos, apelidada de Pacto de San José Costa Rica, já prescrevia dever cada ordenamento

‘reconhecer direitos aos filhos fora do casamento como aos nascidos dentro dele’.

A Constituição de 1988, ao apresentar como um de seus princípios fundamentais a igualdade, provoca determinados confrontos com as relações familiares existentes. Com efeito, restou configurada a igualdade entre os filhos, sejam eles constituídos pela relação matrimonial ou não, contemplado no art. 227, § 6.º, da CRFB/88. A partir desse momento, não existe mais espaço para realizar uma distinção entre família legítima e ilegítima, ou qualquer outra expressão em que transmita a ideia de um tratamento diferenciado ou depreciado dos membros da família.

Diante disso, é possível destacar a igualdade de filiação garantida pela CRFB/88 como um marco no direito de família. Isso porque, as formas discriminatórias passaram a ser refutadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando o desenvolvimento do conceito de família de forma mais liberal e o surgimento dos novos arranjos familiares.

Atualmente, não há mais a vinculação do conceito de família a ideia da família matrimonializada, hierarquizada e patriarcal, gerando uma maior liberdade para formação de novas estruturas familiares. Nesse cenário, ao se constituir uma nova família, passa a ser priorizado o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade dos membros, diferente de como era feito antigamente visando a proteção do patrimônio (OTONI, 2010).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, em seus artigos 26 e 27, também abordou o tema da filiação priorizando a igualdade entre os filhos e o reconhecimento da filiação dos filhos advindos do casamento ou de fora do casamento, ao reconhecer o estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível.

Já o Código Civil de 2002, perpetuou em seu art. 1.596 o disposto na Constituição, no sentido de que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dessa forma, o ordenamento reconhece a igualdade dos filhos, independente da forma como concebidos, culminando por se desdobrar na importante noção de veracidade da filiação, regra principiológica fundamental, não devendo criar óbices para reconhecer a verdadeira vinculação entre pais e filhos (GAGLIANO, 2017).

Dentre as inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, no âmbito do direito de família, é preciso destacar o reconhecimento da união estável como entidade



familiar, conforme mencionado no capítulo anterior. Além disso, com o surgimento do exame de DNA, passou a ser possível realizar a pesquisa genética para investigação da paternidade de forma mais precisa, possibilitando o reconhecimento da paternidade biológica.

Entretanto, o conhecimento da paternidade biológica não é decisivo para definir a paternidade. Nessa linha, Paulo Nader (2016) explica que

A doutrina distingue três critérios de aferição de paternidade: a biológica, a jurídica e a socioafetiva. Pelo primeiro critério, pai e mãe são os que fecundaram, com seus gametas, o embrião. Por ele, a paternidade decorre de consanguinidade; pelo segundo, define-se por presunções legais, como a *pater is est*, e, como observa Heloísa Helena Barbosa, correspondendo ou não à realidade. O critério socioafetivo dimana de uma situação fática, que nasce da educação, amparo, proteção, afetividade, aplicados na criação de uma pessoa e por quem não é pai ou mãe biológica.

Dessa maneira, é possível concluir que todas essas mudanças nos diplomas legais originaram novos conceitos que se enquadram de forma mais fidedigna ao atual cenário da sociedade.

O conceito de família passou por um processo de transição de desbiologização da paternidade, deixando de ser formada exclusivamente pelos laços consanguíneos para abranger um perfil socioafetivo. A filiação passa a se relacionar de forma mais direta ao afeto do que de fato aos fatores biológicos.

## 2.1 CRITÉRIOS DE FILIAÇÃO

A filiação é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, em que uma é considerada filha da outra. Diante disso, o estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, que compreende um complexo de direitos e deveres recíprocos. O filho é titular do estado de filiação, assim como o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele (LÔBO, 2004).

Dessa forma, em que pese a classificação entre os critérios de filiação é importante destacar que apresentam fins meramente didáticos, uma vez que é vedada pela CRFB/88 qualquer distinção entre as formas de filiação.

### 2.1.1 Filiação biológica

A filiação biológica configura o vínculo fixado por meio dos laços sanguíneos, segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 640) “[...] até hoje, quando se fala em filiação e em reconhecimento de filho, a referência é à verdade genética. Em juízo sempre foi buscada a chamada verdade real, sendo assim considerada a filiação decorrente do vínculo de consanguinidade.”

Entretanto, com a evolução histórica, o casamento deixou de ser a referência da filiação, gerando nesse momento duas realidades. Por um lado, passou-se a reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família, alterando os paradigmas dos institutos familiares.

E por outro lado, o reconhecimento da origem genética passou a ser considerado um direito fundamental, acarretando no surgimento de ações de investigação de paternidade.

É preciso mencionar que outro acontecimento marcante, foi a descoberta dos marcadores genéticos, mais conhecidos como exame de DNA. Os mesmos possibilitaram a identificação da filiação biológica com maior precisão, funcionando como um meio de prova fundamental.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2016, p. 607) discorrem sobre o tema:

A importância do exame DNA, destarte, é indiscutível no âmbito da filiação, permitindo, com precisão científica, a determinação da origem biológica. Efetivamente, o exame DNA consegue, praticamente sem margem de erro (certeza científica 99,999%), determinar a paternidade." Por isso, a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões. Como a população da Terra não chega a 20% disso, é virtualmente impossível que haja coincidência.

Diante desse respeito, o Supremo Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 301, na qual estabelece que “a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA, em ação investigatória, induz presunção juris tantum de paternidade”.

Contudo, o exame de DNA somente apresenta capacidade de descobrir quem é o verdadeiro genitor, quem fornece o material genético. Não sendo suficiente para ser considerada de forma isolada para definir a parentalidade.

Conforme afirma Paulo Lôbo (2004), na realidade da vida, o estado de filiação de cada pessoa humana é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência família, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.

Dessa forma, é preciso diferenciar as duas figuras de “pai” e de “genitor”, que apesar de poderem coincidir na mesma pessoa, não são sinônimos. Uma vez que pai é quem cria e apresenta laços de afetividade, enquanto o genitor é quem proporciona o DNA.

### **2.1.2 Filiação socioafetiva**

É considerada como filiação socioafetiva a família que não é constituída pela consanguinidade e sim, pelo afeto. Isso porque, não é a derivação química que aponta quem deve apresentar a figura de pai, mas o amor, o desvelo e o serviço que alguém se entrega ao bem da criança (VILLELA, 1997 *apud* CASSETARI, 2015).

Dispõe o art. 1.593 do Código Civil de 2002 que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” Dessa forma, ao se utilizar a expressão “outra origem”, também “abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo” (MONTEIRO, 2000, p. 294).

Nesse ângulo, Carlos Roberto Gonçalves (2017), explica que, no dispositivo em apreço, a doutrina tem identificado elementos para que a jurisprudência possa interpretá-lo de forma mais ampla, abrangendo também as relações de parentesco socioafetivas. Por sua vez, o jurista Belmiro Pedro Welter (2002, p. 133), ao discorrer sobre o tema, considera que

Filiação afetiva pode também ocorrer naqueles casos em que, mesmo não havendo nenhum vínculo biológico ou jurídico (adoção), os pais criam uma criança por mera opção, denominado filho de criação, (des)velando-lhe todo o cuidado, amor, ternura, enfim, uma família, ‘cuja mola mestra é o amor entre seus integrantes; uma família, cujo único vínculo probatório é o afeto’.

De acordo com Maria Helena Diniz (2010), o parentesco socioafetivo está baseado em uma relação de afeto, gerada pela convivência. Nesse contexto, é possível notar que a convivência é um elemento indispensável para a configuração da filiação socioafetiva, pois faz nascer o carinho, afeto e desenvolvimento das

relações. Apesar de não existir um período mínimo de convivência pré-estabelecido para sua configuração, é necessário analisar caso a caso.

A jurista Heloísa Helena Barboza (1999), merece destaque ao mencionar que em nome do melhor interesse da criança, deve prevalecer a paternidade afetiva, em detrimento da biológica, sempre que se revelar como meio mais adequado de realização dos direitos assegurados à criança e ao adolescente, especialmente de um dos direitos fundamentais, o direito à convivência familiar.

Segundo Luiz Edson Fachin (1996), a realidade jurídica da filiação não é, portanto, fincada apenas nos laços biológicos, mas na realidade do afeto que une pais e filhos, e se manifesta em sua subjetividade e, exatamente, perante o grupo social e família. Ainda o jurista supracitado (1992, p. 157), explica sobre a posse do estado do filho para caracterização da socioafetividade:

Apresentando-se no universo dos fatos, a posse de estado de filho liga-se à finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade. Em regra, as qualidades que se exigem estejam presentes na posse de estado são: publicidade, continuidade e ausência de equívoco. A notoriedade se mostra na objetiva visibilidade da posse de estado no ambiente social; esse fato deve ser contínuo, e essa continuidade, que nem sempre exige atualidade, deve apresentar uma certa duração que revele estabilidade. Os fatos, enfim, dos quais se extrai a existência da posse do estado não devem causar dúvida ou equívoco.

Ademais, mesmo que a posse do estado do filho não esteja indicada de forma expressa no ordenamento jurídico, é possível verificá-la como um dos requisitos da filiação socioafetiva pela interpretação feita pelo art. 1.605, II do Código Civil. Dessa maneira, para caracterização da posse do filho são necessários três elementos: a atribuição de nome, o tratamento do filho e o reconhecimento perante o meio social da relação paterna de forma pública, contínua e inequívoca.

Entretanto, o requisito do nome não apresenta tamanha importância, sendo suficiente para a caracterização da posse do filho, os requisitos do tratamento e a reputação. Isso porque, a construção afetiva independe de nome registral, apenas auxilia para a divulgação do status de pai e filho perante à sociedade. O entendimento de Orlando Gomes (1994, p. 311) quanto ao tema é de que

O fato de o filho nunca ter usado o nome do pai não descaracteriza a posse de estado, se concorrerem os demais

elementos citados. Cabe esclarecer que não há hierarquia entre eles, pois ainda se consideram outras qualidades que devem revestir a aparência de filho. Busca-se a publicidade, a continuidade e a ausência de equívoco na relação entre pai e filho. Ainda que não seja imprescindível o fator nome, posto que outros elementos também revelam a base da paternidade, o chamamento sim, pois dificilmente se encontrará expressão mais eloquente de tratamento do que o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai.

É preciso observar o enunciado nº 256 do Conselho da Justiça Federal (CJF), que afirmou que “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.” Demonstrando que o parentesco civil inclui o socioafetivo, desde que se apresente a posse, a convivência.

Diante disso, é notório que não existe uma fórmula específica para identificar a presença do mencionado vínculo de afeto. Contudo, é necessário realizar a análise de uma série de elementos para verificar sua configuração, tais como o tempo de convívio, a continuidade, a afetividade, a vontade de ser pai ou mãe, além da posse do estado de filho.

Uma vez comprovada a filiação socioafetiva, devem ser resguardados os mesmos direitos dos filhos considerados como “legítimos”, sendo proibida qualquer tipo de discriminação quanto à filiação e a garantia dos mesmos direitos e qualificações dos filhos biológicos. Além disso, importante destacar que após o reconhecimento, se torna irrevogável, irretroatável e indisponível.

É possível concluir que a filiação socioafetiva pode ser definida como o vínculo de parentesco entre pessoas que não apresentam entre si um vínculo biológico, contudo vivem como se fossem parentes por conta do forte vínculo afetivo existente. Nesse prisma, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou no sentido:

RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. [...] O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - **O STJ vem**

**dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrário sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.** Recurso conhecido e provido.

STJ, Recurso Especial nº 878941, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2007.

Dessa maneira, uma vez comprovada, os filhos socioafetivos devem apresentar os mesmos direitos dos filhos biológicos, pelo fato da igualdade prevista na CRFB/88. Além disso, cumpre destacar que por meio da análise dos requisitos cabe verificar a existência da afetividade em cada caso concreto, porém sempre devendo prevalecer o interesse do menor. Assim, o reconhecimento da filiação é a ponte garantidora do exercício da paternidade, e como consequência, gera uma série de efeitos jurídicos que serão verificados a seguir.

### **3. MULTIPARENTALIDADE**

O direito não é um conjunto enfaixado de normas estáticas com conceitos e definições pré-formuladas de forma imutável. Isso porque, a natureza das relações humanas apresenta um caráter dinâmico, o que acarreta constantes mudanças legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias, principalmente no que se refere ao âmbito do direito de família, uma vez que busca acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade (ANDRIGHI; KRÜGER, 2008).

O instituto familiar sofreu diversas alterações no decorrer da história no ímpeto de acompanhar a evolução da sociedade. Dessa maneira, os conceitos inerentes à família do passado, já não apresentam mais aplicação nas novas estruturas familiares, por conta da sua reestruturação. É nesse contexto que surge a multiparentalidade, que nada mais é do que o fenômeno contemporâneo que se caracteriza na possibilidade de um indivíduo apresentar uma pluralidade de vínculos paternos.

Com a evolução do conceito de família e a valorização das relações de afeto, esse cenário já é uma realidade fática presente na sociedade atual, o que exige uma

acomodação no ordenamento jurídico, sendo este, o tema que trouxe uma das maiores mudanças ocorridas dentro do ramo do direito de família. Isso se deu com a inserção do envolvimento afetivo na relação familiar e no aumento do número de famílias recompostas tendo como consequência, o aumento dos casos de multiparentalidade.

Na sociedade atual, muitas madrastas e padrastos passam a exercer a autoridade parental dos filhos do seu companheiro de relações anteriores, criando um vínculo socioafetivo, o que também não exclui o vínculo afetivo do filho com seu genitor, que mantém o poder familiar.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Junior (2012, p. 382) foram um dos primeiros a se posicionar sob o seguinte argumento: "Parece permissível a duplicidade de vínculos materno e paterno-filiais, principalmente se um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade maternidade biológica".

Dessa forma, no caso de coexistir os vínculos parentais afetivos e biológicos, não só é um direito, mas também uma obrigação constitucional os reconhecer para que sejam preservados os direitos fundamentais dos envolvidos, principalmente o da afetividade (DIAS, 2016, p. 656). É preciso destacar, portanto, que o reconhecimento da multiparentalidade atua no sentido de reiterar a paternidade socioafetiva, apresentando um grande efeito jurídico do seu reconhecimento.

Christiano Cassettari (2015, p. 201) se posiciona no sentido que as parentalidades devem coexistir e não uma se sobrepor a outra

As parentalidades socioafetiva e biológica são diferentes, pois ambas têm uma origem diferente de parentesco. Enquanto a socioafetiva tem origem no afeto, a biológica se origina no vínculo sanguíneo. Assim sendo, não podemos esquecer que é plenamente possível a existência de uma parentalidade biológica sem afeto entre pais e filhos, e não é por isso que uma irá prevalecer sobre a outra; pelo contrário, elas devem coexistir em razão de serem distintas.

Diante disso, é importante ressaltar que não existe uma espécie de hierarquia nos tipos de parentalidade, sendo jurídica, biológica ou afetiva com o mesmo grau de importância. Nesse contexto, o doutrinador Belmiro Pedro Welter (2002, p. 222), aponta que

Visto o direito de família sobre o prisma da tridimensionalidade humana, deve-se atribuir ao filho o direito fundamental às paternidades genética e socioafetiva e, em decorrência, conferir-lhe todos os efeitos jurídicos das duas paternidades. Numa só palavra, não é correto afirmar, como o faz atual doutrina e jurisprudência do mundo ocidental, que 'a paternidade biológica se sobrepõe à socioafetiva', isso porque ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, exatamente porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica.

Dessa maneira, para que seja possível compreender esse novo modelo familiar, é preciso se desvincular da ideia de que a filiação deve estar necessariamente relacionada a verdade biológica. Passando a ser fundamental para o reconhecimento da paternidade, a análise da função exercida pelo pai ou mãe na vida da criança, podendo estes serem qualquer pessoa que se enquadre na figura de autoridade parental.

Nesse contexto, o vínculo de afeto foi reconhecido pela Lei nº 11.924/09 que alterou a Lei de Registros Públicos – Lei nº 6.015/77, acrescentando o §8º ao art. 57, para autorizar o registro de nascimento do sobrenome do padrasto ou da madrasta, sendo um marco no reconhecimento da socioafetividade.

É importante destacar que a possibilidade de inclusão do sobrenome do padrasto ou da madrasta, não representa a destituição do poder do pai biológico ou a exclusão de seu sobrenome. Apresenta o papel de fortalecer os novos arranjos familiares, no sentido de reconhecer a concomitância entre a família biológica e afetiva.

Para que as obrigações constitucionais sejam constituídas, é necessário que esteja presente no registro civil a pluralidade dos vínculos parentais, para que se concretize o reconhecimento da filiação e conseqüentemente, gere os direitos e deveres entre os membros da relação familiar. Isso porque é fundamental que o registro reflita de forma fidedigna a vida da criança, para que seja garantida a proteção da dignidade da pessoa humana de todos os indivíduos que fazem parte da relação.

Diante do exposto, apesar da multiparentalidade não apresentar um dispositivo expresso que a regule, sua presença na sociedade contemporânea está cada vez mais frequente, sendo regulada não só pela doutrina, mas também pelo entendimento jurisprudencial que passou a admiti-la como realidade de direito.



### 3.1 A MULTIPARENTALIDADE DO JULGAMENTO DO RE 898.060 E O PAPEL DO CNJ

Um grande marco para o tema da multiparentalidade, foi julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário de nº 898.060, do STF, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, com repercussão geral, em que reconheceu que a existência da paternidade socioafetiva não exime os pais biológicos dos efeitos legais previstos no ordenamento.

É preciso destacar que, diante do julgado, criou-se o Tema de Repercussão Geral nº 622 para aplicação em casos semelhantes que estabeleceu que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Ainda que a discussão voltada à multiparentalidade seja relativamente recente na doutrina e jurisprudência, bem como inexista lei específica sobre o tema, verifica-se que as tratativas quanto ao assunto dentro do ordenamento são bastante avançadas. Não obstante, a evolução do número de casos provocou um movimento de extrajudicialização do direito privado, de forma que provocado pelo IBDFAM, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº63 do Conselho Nacional de Justiça, cujo conteúdo foi posteriormente alterado e aperfeiçoado pelo Provimento nº 83, também do CNJ.

A edição do Provimento nº 63/2017, teve como escopo retirar a restrição da temática do Poder Judiciário, para que fosse possível realizá-la também de forma extrajudicial, no intuito de promover uma desburocratização no processo de regularização do estado de filiação. Dentre os seus requisitos, estavam presentes a comprovação do intuito da posse do estado do filho, reconhecimento livre de vícios e irrevogável.

No ímpeto de aperfeiçoar o conteúdo editado pelo Provimento nº63/17, o CNJ editou o Provimento nº 83/19, que apresenta disposições mais criteriosas e restritivas para garantir maior segurança jurídica ao procedimento. Dessa forma, serão destacadas as principais para facilitar a compreensão.

Primeiramente, é possível destacar a imposição de restrição da idade superior a 12 anos, enquanto antes era permitido o reconhecimento da filiação socioafetiva e multiparentalidade em qualquer idade. Os casos que não se enquadrem a idade estabelecida, devem necessariamente recorrer ao judiciário.

Além disso, foi incluído o art. 10-A que alterou os meios de prova necessários ao reconhecimento, no intuito de buscar por uma abordagem mais objetiva, cabendo ao examinador civil analisar a idoneidade necessária para embasamento dos pedidos. Outra mudança que merece destaque é a inclusão da previsão da intervenção do Ministério Público no procedimento nos casos de tramitação pela via extrajudicial. Dessa forma, o Ministério Público deverá emitir um parecer para verificar se os requisitos foram aplicados, somente devendo o registro ser realizado após sua manifestação favorável. No caso de decisão desfavorável, o caso deve ser levado para o judiciário. É o que dispõe a nova redação do Provimento nº 63/2017.

Ademais, o Provimento nº 83/19, trouxe outra modificação no sentido de que só é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou paterno, e que no caso de inclusão de mais de um ascendente socioafetivo, é preciso que seja realizado pela forma judicial. Isso ocorre para que, não seja burlado o sistema adotivo, em atenção ao princípio do melhor interesse da criança.

### 3.2 OS EFEITOS JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Conforme observado, a nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, sendo adotado pela doutrina o princípio da proteção integral. Dessa maneira, transformando a criança como um sujeito de direito, prevalecendo a prioridade à dignidade da pessoa humana e abandonando a visão patriarcal de família. Sendo proibida qualquer discriminação quanto a filiação, sendo assegurados os mesmos direitos e qualificações aos filhos que apresentam laços sanguíneos (CASSETARI, 2015, p. 15).

O princípio da proteção integral ou do melhor interesse do menor está previsto pela CRFB/88 de forma expressa em seu art. 277. Dessa forma, é estabelecido pelo texto legal que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao jovem e ao adolescente, com absoluta prioridade os direitos indicados, sendo um princípio que apresenta papel fundamental para a estruturação dos novos arranjos familiares.

Em um passado próximo, quando existiam conflitos entre os interesses dos familiares, eram priorizados os interesses dos pais em detrimento dos filhos, sendo as crianças consideradas um mero objeto de decisão. Em contraponto, hoje em dia, a criança passou a atuar como protagonista, sendo sujeito de direito, de forma que o princípio da proteção integral passou a ser o ponto central para o reconhecimento das filiações socioafetivas e de multiparentalidade (LÔBO, 2008).

Diante da análise doutrinária e jurisprudencial, foi possível verificar que o melhor interesse da criança é o princípio norteador do reconhecimento da multiparentalidade, de forma que todas as discussões são formadas entorno da busca pela situação mais favorável para o desenvolvimento da criança.

Vale destacar que é preciso analisar cada caso concreto, a realidade em que a criança está inserida e suas especificidades, pois só assim será possível avaliar a viabilidade do reconhecimento da multiparentalidade, vez que não há como se estabelecer um padrão pré estabelecido para a aplicação do princípio (PEREIRA, 2012).

Diante do reconhecimento dos novos arranjos familiares que se afastam da ideia de proteção patrimonial para objetivar a proteção das pessoas e a valorização das relações, é preciso que sejam analisadas as consequências provocadas no campo jurídico.

Dessa maneira, uma vez reconhecida a presença da posse de estado de filho com mais de duas pessoas, todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar. Isso porque, não seria possível de resguardar de outra maneira, o melhor interesse do menor e assegurar a sua proteção integral. É estabelecido pelo o enunciado nº 9 do IBDFAM: "A multiparentalidade gera efeitos jurídicos" (DIAS; OPPERMAN, 2015).

O reconhecimento da multiparentalidade nada mais é do que legitimar o que ocorre no mundo dos fatos, afirmado pelo direito à convivência e permitindo a coexistência entre a paternidade socioafetiva e da multiparentalidade, sendo preciso analisar os efeitos gerados por este reconhecimento como veremos a seguir.

### **3.2.1 Direito ao nome**

Um dos efeitos produzidos pelo reconhecimento da multiparentalidade que merece destaque é a inclusão do nome do novo cônjuge na certidão de nascimento do filho do outro companheiro. A alteração do registro para a inclusão do nome de todos os pais e mães, somente trazem benefícios aos filhos estando de acordo com o princípio do melhor interesse do menor.

O nome é um direito da personalidade que está previsto pelo Código Civil de 2002, dos seus artigos 16 a 19, sendo intransmissível, irrenunciável e vitalício, sua inclusão forma uma prova incontestável de todos os direitos inerentes a relação de parentesco (POVOAS, 2012, p. 79). Dessa forma, desde o advento da Lei nº 11.927/2009, que alterou o art. 57, §8º, da Lei de Registros Públicos, já existe a possibilidade de cumulação de patronímicos, pois autoriza a averbação do nome da

família do cônjuge ou companheiro do pai e da mãe, demonstrando a importância do afeto na relação familiar.

### **3.2.2 Direito a alimentos**

O direito a alimentos é uma garantia fundamental de toda criança ou adolescente, sendo devidos pelos parentes, cônjuges ou companheiros tendo como finalidade fornecer o básico para a subsistência, abrangendo o indispensável para seu sustento como: vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação (GONÇALVES, 2017). Dessa forma, sendo reconhecida a multiparentalidade o menor pode requerer alimentos de qualquer um dos pais, sendo responsabilidade recíproca de todos, sempre atendendo ao princípio de melhor interesse ao menor.

É preciso destacar que o art. 1.694 do Código Civil estabelece a ideia de solidariedade recíproca entre os parentes, ou seja, no caso do reconhecimento da multiparentalidade, pode poderá ser exigido a toda família socioafetiva.

Ademais, a obrigação de prestar alimentos deriva das relações de parentesco, dessa forma, no tocante às relações socioafetivas, o Enunciado 341 do Conselho da Justiça Federal foi claro ao dispor que estas são suficientes a gerar a obrigação alimentar: “Para os fins do artigo 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.”

Além disso, é preciso destacar que por se tratar de responsabilidade recíproca, os filhos passam a apresentar a mesma obrigação quanto todos os pais, dessa forma, os pais socioafetivos também podem pedir alimentos aos seus filhos. É possível concluir que, ao se reconhecer a multiparentalidade, tanto os filhos biológicos quanto os socioafetivos apresentam o mesmo direito a alimentos. Podendo pleitear em face de todos os pais e todas as mães, sem prejuízo das outras pessoas previstas no Código Civil, como por exemplo, os avós.

### **3.2.3 Direito à guarda**

De acordo com art. 1.583 do Código Civil, a guarda pode ser compartilhada ou unilateral, devendo buscar sempre pelo melhor interesse do menor. Dessa forma, adota a guarda compartilhada, no caso do reconhecimento da multiparentalidade, os pais tanto biológicos como afetivos, irão exercer a guarda conjunta de maneira equilibrada e responsável. O jurista Christiano Cassettari (2015, p. 126) esclarece:

Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe socioafetivos terão direito à guarda do filho, pois não há preferência para o exercício da guarda de uma criança ou

adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva. Pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança.

Contudo, nos casos em que se pretende fixar a guarda de forma unilateral, é preciso verificar quem apresenta maior afinidade com a criança, assim como condições para cri-la, com o intuito de resguardar melhor interesse da criança.

### **3.2.4 Direito à convivência**

Por sua vez, os pais que não apresentarem a guarda dos filhos, podem visitá-los, de forma acordada entre os pais ou conforme fixado pelo juiz, assim como fiscalizar sua manutenção e educação (CASSETARI, 2015, p. 127). Nesse sentido, uma vez reconhecida a multiparentalidade, todos os pais terão direitos sem distinção entre biológicos e afetivos, conforme mencionado por Christiano Cassetari (2015, p. 127):

Não há preferência para o exercício do direito de visita de uma criança ou adolescente em decorrência da parentalidade ser biológica ou afetiva, pois o que deve ser atendido é o melhor interesse da criança, lembrando que tal direito é extensivo, também, aos avós, não apenas biológicos, mas também, socioafetivos.

Conforme previsto pelo art. 1.589 do Código Civil, “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordem com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

### **3.2.5 Direito sucessório**

No que se refere ao direito sucessório, aplicasse aos filhos socioafetivos as mesmas regras aplicáveis aos filhos biológicos, em consonância com a ordem hereditária prevista pelos dos artigos 1.829 a 1.847 do Código Civil em que os descendentes figuram na primeira classe de chamamento. Nessa perspectiva, as linhas sucessórias devem ser estabelecidas em conforme o número de genitores, não devendo existir preferências perante os biológicos e os afetivos.

É importante destacar que a multiparentalidade deve sempre caminhar junto com os princípios constitucionais, por conta disso, jamais poderá existir distinção no tratamento entre os filhos, uma vez que é previsto de forma expressa no texto constitucional a igualdade jurídica entre todos os filhos.

Isso posto, não há como falar em distinção no tratamento da filiação socioafetiva ou da multiparentalidade no direito sucessório, devendo ser respeitados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, assim como do melhor interesse do menor. Assim, os filhos consanguíneos, bem como os filhos socioafetivos, apresentam os mesmos direitos sucessórios e ocupam a posição de herdeiros necessários.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, é possível compreender que o instituto familiar sofreu e ainda sofre alterações em sua estrutura interna e externa, pois está diretamente relacionado a própria evolução social.

Dessa forma, o modelo patriarcal e matrimonial em que os interesses patrimoniais se sobrepunham a qualquer outro, foram sendo substituídos por um novo vínculo agregador, deslocando-se do matrimônio para dar espaço para o afeto como ponto central para determinação da filiação.

Nesse contexto, é essencial destacar o papel da CRFB/88, que consagrou dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais, levando essa conquista para refletir em todo o ordenamento brasileiro. A afetividade passou a despontar como um dos elementos norteadores para o reconhecimento de laço familiar, de modo que, independente das formas de família, é fundamental que os vínculos afetivos estejam presentes, visando salvaguardar o bem estar emocional e identidade do menor. A filiação socioafetiva é caracterizada na posse do estado do filho, quando existe o comportamento de pai e mãe com o filho em uma convivência estável e afetiva. Diante disso, a filiação deixa de ser apenas biológica e atrelada aos laços sanguíneos, passando a ser consolidada nos laços de afeto.

Além disso, cumpre mencionar que uma vez comprovada a filiação socioafetiva, devem ser resguardados todos os direitos e qualificações dos filhos biológicos, sendo proibida qualquer tipo de discriminação quanto a filiação.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, deu espaço para um novo fenômeno jurídico, denominado como multiparentalidade, que nada mais é do que uma só pessoa ter, concomitantemente, mais de um vínculo parental paterno e/ou materno. A multiparentalidade é um instituto utilizado para preservar o direito de todos os envolvidos na relação, assim como garantir o melhor interesse do menor e a igualdade entre as filiações, uma vez que não existe hierarquia entre as classificações, sendo viável a coexistência de forma harmoniosa entre os múltiplos elos.

Nesse prisma, conforme observado no presente trabalho o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060 pelo STF, foi fundamental para o tema, uma vez que fixou a tese de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. Por fim, é importante destacar que os reflexos jurídicos decorrentes do reconhecimento da multiparentalidade gerarão efeitos igualitários para todos os filhos, sendo vedada qualquer distinção, conforme previsto no art. 1.596 do Código Civil. Diante do exposto, é possível concluir que o reconhecimento da multiparentalidade é perfeitamente viável e embasado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse do menor.

## 5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Atlas, 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy; KRÜGER, Cátie Denise Gress. **Coexistência entre socioafetividade e a identidade biológica: uma reflexão**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Repensando o direito de família. I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Anais...** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 7 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, [...]. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 6 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional da Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/provimento>>.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 4 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 abr 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm)>. Acesso em: 5 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm)>. Acesso em: 5 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 2 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AgR RE 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 15 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878941, Rel. Min. Nancy Andrighi, Brasília, 21 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 301**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_23\\_capSumula301.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula301.pdf)> Acesso em: 3 mai. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMAN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade**: uma realidade que a Justiça começou a admitir. Disponível em:



<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_13075\)MULTIPARENTALIDA DE\\_Berenice\\_e\\_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDA DE_Berenice_e_Marta.pdf)>. Acesso em: 7 mai. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9. ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/126/Direito+ao+estado+de+filia%C3%A7%C3%A3o+e+direito+%C3%A0+origem+gen%C3%A9tica%3A+uma+distin%C3%A7%C3%A3o+necess%C3%A1ria>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OTONI, Fernanda Aparecida Corrêa. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/680/A+filia%C3%A7%C3%A3o+socioafetiva+no+direito+brasileiro+e+a+impossibilidade+de+sua+desconstitui%C3%A7%C3%A3o+posterior>>. Acesso em: 2 mai. 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. **Multiparentalidade**: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito, 2012.

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

VILLELA, João Batista. Família Hoje: entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto. *In*: BARRETO, Vicente (Org.). **A nova família**: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 *apud* CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*: efeitos jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

WELTER, Pedro Belmiro. Filiação biológica e socioafetiva: igualdade. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 14, jul./set. 2002.

## INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO MEIO DE PROVA

**HULDA DIB BASTOS ESTEVES:**

Graduanda do 10º período do Curso de Direito. Centro Universitário CEUNI-FAMETRO

**RESUMO:** Esse trabalho pretende analisar os aspectos constitucionais a respeito da prova ilícita derivada da interceptação telefônica, uma vez que esse meio probatório tem sido utilizado amplamente nos processos investigatórios, e esta ferramenta de obtenção de prova entra no limite das garantias individuais de privacidade e sigilo não devendo ser banalizada ou tratada como qualquer outro tipo de meio de prova. Fazendo com que sejam observados os indícios para que seja autorizada a Interceptação em casos necessários, como diz em seu inciso segundo da Lei de Interceptação Telefônica, que se puder ser feita por outros meios disponíveis, que não seja usada a interceptação. O legislador constituinte aprovou a Interceptação Telefônica na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual foi regulamentada posteriormente, com a Lei n. 9.296/1996, o que gerou ao estado maior poder de combate contra o crime organizado, assim tendo maior controle da segurança pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Interceptação. Telefônica. Prova.

**ABSTRACT:** This work intends to analyze the constitutional aspects regarding the illicit evidence derived from the telephone interception, since this evidential means has been used extensively in the investigative processes, and this tool for obtaining evidence is within the limits of individual guarantees of privacy and secrecy. trivialized or treated like any other type of evidence. Making sure that the signs are observed so that Interception is authorized in necessary cases, as stated in its second paragraph of the Telephone Interception Law, which can be done by other available means, that interception is not used. The constituent legislator authorized Telephone Interception in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, which was regulated only years later, with Law no. 9,296 / 1996, which generated greater power to combat organized crime to the state, thus having greater control over public security.

**KEYWORDS:** Telephone; interception; Test.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar admissibilidade das provas obtidas por meio de interceptação telefônica. A constituição Federal garante a inviolabilidade das comunicações telefônicas, porém, abriu precedentes para a possibilidade da violação nos casos de investigação criminal ou instrução processual penal; assim veio a lei n.

9.296/96, a fim de regulamentar a matéria. Desse modo surgem divergências em relação a admissibilidade que deferiu tal medida não alcançar essas situações novas.

Esse artigo pretende abordar esses entendimentos divergentes, procurando analisar a medida razoável e adequada a ser tomada e que não invada o direito a inviolabilidade das comunicações.

Será estudada a inviolabilidade das comunicações telefônicas estabelecidas no texto constitucional. Após, serão analisadas as diferenças entre os meios de captação das conversas, regulamentados pela lei n. 9.296/96 e quais não poderão ingressar no processo por constituir um meio de prova ilícito. Além disso, serão abordados quais os requisitos e o procedimento que essa interceptação deve seguir para ter validade enquanto prova lícita.

Desta forma, será abordada os entendimentos diferentes, procurando estabelecer em quais situações a medida deve ser considerada válida e quando não deverá ser admitida por caracterizar prova ilícita.

## **1 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

A Constituição Federal protege, no artigo 5º, inciso XII, os direitos fundamentais da intimidade e da vida privada. Porém, na parte final do dispositivo, há ressalva no sentido de que as comunicações telefônicas podem ser violadas, mediante ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma estabelecida na legislação infraconstitucional.

O inciso referido foi regulamentado pela Lei nº9.296/96, que estabeleceu ser cabível a interceptação telefônica para a apuração dos crimes punidos com pena de reclusão, quando houver indícios suficientes de autoria e a prova não puder ser produzida por outros meios (art. 2º da Lei 9.296/1996).

Távora e Alencar (2018, p. 611-612) aduzem que a interceptação telefônica integra um conjunto de técnicas especiais de investigação, porque é instrumento probatório diferente dos considerados tradicionais, como as provas documental e testemunhal, figurando como uma estratégia probatória que é utilizada para apurar sobretudo crimes de maior gravidade.

Sobre o assunto, os citados juristas lecionam que: [...] caso a técnica especial seja invasiva, ou seja, intrusiva, com risco de afetar direitos fundamentais como a intimidade, haverá necessidade de aquilatar sua legalidade e, se o caso concreto exigir, intervenção por intermédio de decisão judicial, em face de cláusula de reserva

jurisdicional que existe quanto a bem relacionado à vida privada do investigado (TÁVORA e ALENCAR, 2018, p. 611)

Importante destacar que a interceptação telefônica isoladamente não pode servir como prova em processo penal, pois não pode materializar a existência do delito capaz de fundamentar uma decisão condenatória. Tanto que o artigo 2º da Lei 9296/96 determina que ela não será admitida quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis. A interceptação telefônica é meio para se chegar à prova do fato investigado (PARET A, 2003, artigo na Internet, vide referências bibliográficas).

José Afonso da Silva explica que a Constituição declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X). São valores elevados à condição de direito individual, conexos ao direito à vida. Segundo o autor, é preferível utilizar a expressão direito à privacidade, em sentido genérico e amplo, de modo a englobar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. A esfera da inviolabilidade é ampla, abrangendo o modo de vida doméstico, relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos e as origens e planos futuros do indivíduo. Define privacidade como o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. Define intimidade como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Define vida privada como o direito de o indivíduo viver sua própria vida, pois o segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade (SILVA, 2003, pp. 204-208).

Trata-se de garantia constitucional que visa assegurar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, que são meios de comunicação interindividual, formas de manifestação do pensamento de pessoa a pessoa, que entram no conceito mais amplo de liberdade de pensamento em geral (art. 5º, IV). Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, se interrompa o seu curso e se interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Vê-se que, mesmo na exceção, a Constituição preordenou regras estritas de garantias, para que não se a use para abusos. O objeto de tutela é duplice: de um lado, a liberdade de manifestação de pensamento; de outro, o segredo como expressão do direito à intimidade (SILVA, J. A.; 2003, p. 436).

Pelo texto da norma comentada, a inviolabilidade da correspondência e dos dados é absoluta. Nem por ordem judicial poderia ser quebrada, já que a parte final do inciso sob comentário só autoriza a quebra judicial do sigilo das comunicações telefônicas. Assim, *a contrario sensu*, as demais inviolabilidades - incluindo-se a de dados - não podem ser quebradas nem por ordem judicial. (...) Se o Executivo quer quebrar o princípio constitucional da garantia do sigilo dos dados dos cidadãos, deve solicitar essa quebra ao Poder Judiciário, em obediência ao princípio da harmonia entre os poderes do Estado (NERY JÚNIOR. N.; NERY, R.; 2001, p. 19).

Durante anos houve a reivindicação de uma Lei que trouxesse ao ordenamento jurídico a autorização das interceptações telefônicas por quebra de sigilo das comunicações, mas não era aceita por violar aos direitos fundamentais, com a criação do inciso XII, do artigo 5º na Carta Magna, houve apenas a liberdade da quebra de sigilo em correspondências (LIMA, 2015).

Mesmo após autorização e alterações constitucionais para a criação da Lei 9.296, apenas oito anos depois entrou em vigor, ou seja, em 2004 a Lei foi autorizada para fins de investigação criminal, pois foi utilizado apenas como teste, vinculando ao Código Brasileiro das Telecomunicações, que já permitia anteriormente a Constituição, licito violar de ligação telefônica mediante requerimento e autorização judicial. (LIMA, 2015).

Após algumas alterações constitucionais e a criação da Lei específica da interceptação telefônica, foi possível adequar este meio de prova de forma que apesar de restringir a intimidade pessoal, invadisse a intimidade e privacidade do investigado de forma menos abrasiva, visando apenas a colheita de provas e o equilíbrio da justiça. Mesmo com a adaptação da Lei 9.296 de 1996 à Constituição Federal ainda há divergências e críticas com relação às garantias fundamentais e as lacunas na Lei que impossibilitam uma efetivação da garantia do sigilo pessoal. Recentemente nas investigações da operação Lava Jato, foram publicadas algumas conversas entre os investigados, não respeitando o sigilo das gravações, que somente deveriam ser expostos se houvesse a autorização dos investigados, vez que esta é meio exclusivo do poder judiciário e da polícia, ocorrendo um grande equívoco, pois a Lei sempre deve resguardar e privar a violação dos direitos e garantias fundamentais. Diante de tudo o que já foi elucidado fica claro que os meios tecnológicos tem gerado inovações, as novas ferramentas e novos meios de prova tem garantido uma efetivação na busca da verdade real dentro do processo brasileiro, sendo este o motivo de se aprimorar cada vez mais este meio de investigação. (MORAES, 2016).

Como se trata de medida excepcional, o legislador, ao permitir a quebra do sigilo, estabeleceu uma série de exigências. Assim, nessas interceptações, indispensável a observância das seguintes regras:

I) Devem ser realizadas por determinação exclusiva do Juiz da causa

para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, vedadas,

de conseguinte, em causas cíveis;

2) Podem ser determinadas de ofício, ou a requerimento da Autoridade Policial (na fase do inquérito);

3) Serão realizadas sob sigilo de justiça;

4) Não serão permitidas quando ocorrer uma das seguintes hipóteses:

a) não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

b) a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

c) o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com detenção;

5) Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com indicação e qualificação dos investigados;

6) O pedido deverá conter a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados;

7) Excepcionalmente, o pedido pode ser formulado verbalmente (reduzindo-

se a termo), desde que satisfeitos os pressupostos de admissibilidade;

8) O ato permissivo deverá ser fundamentado, sob pena de nulidade,

indicando também a forma de execução da diligência;

9) Esta deverá ser realizada no prazo de 15 dias, renovável por (qual

período, se comprovada a indispensabilidade desse meio de prova;

10) A diligência fica a cargo da autoridade policial, podendo o Ministério

Público acompanhá-la;

11) A autoridade policial poderá requisitar serviços técnicos especializados

às concessionárias de serviços públicos;

12) Realizada a diligência, seu resultado e eventuais transcrições serão

objeto de autos apartados e que serão apensados ao inquérito, antes do

relatório, ou ao processo, quando os autos forem conclusos ao Juiz para o

despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 e 538 do Código de

Processo Penal;

13) Será preservado o sigilo das diligências, gravações e transcrições

respectivas;

14) As gravações que não interessarem à prova serão inutilizadas, presente o órgão do Ministério Público. E para resguardar o direito à privacidade a lei estabeleceu no seu art. 10 constituir crime punido com 2 a 4 anos de reclusão e multa realizar interceptação, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (TOURINHO FILHO, 1998, p. 233).



## 1.1 A IMPORTÂNCIA DA LIMITAÇÃO DO INSTITUTO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS

Dessa maneira, é importante que se crie consciência da obrigação do Estado de dominar na menor medida possível os direitos individuais da personalidade do investigado.

Afirma Salo de Carvalho que esses direitos da personalidade (dentre os quais destacaremos, a seguir, os relativos à privacidade e à intimidade) constituem verdadeira pedra de toque de um sistema democrático, criando um espaço de não intervenção estatal e estabelecendo importante indicador de legitimação (ou não) de determinado ato do Estado em face ao indivíduo. Mais do que isso: a observância do direito à personalidade nos aponta os graus de justiça e validade da estrutura jurídica infraconstitucional.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho advertem para a importância do rito probatório. Esse é um conjunto de regras previamente concebidas com o intuito de se constituir um instrumento de garantia ao indivíduo, um valor em si mesmo a ser observado. Essa forma moral, assim, impede que se busque a verdade a qualquer custo, devendo essa ser uma verdade processualmente válida, restringindo-se o poder de atuação do juiz para que não se avilte os direitos do acusado.

Afirma Antônio Tovo Loureiro que elas devem sempre ter como função principal resguardar as garantias do investigado. Dessa maneira, sua função é proteger o indivíduo e seus direitos e liberdades individuais.

A respeito dos direitos fundamentais do indivíduo, dois que se destacam quando o tema é a quebra de sigilo telefônico: os direitos à privacidade e à intimidade. Além do já mencionado inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, que coloca como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, podemos mencionar a outra disposição constitucional, presente no inciso X do mesmo artigo, que explicita esses dois direitos individuais, preceituando que são invioláveis a intimidade e a vida privada.

Geraldo Prado ensina que a Lei 9.296/96 não pode ser compreendida de maneira a suprimir excessivamente os direitos à intimidade, à privacidade e à inviolabilidade do sigilo telefônico. Da mesma forma, expressa Luiz Francisco Torquato Avolio que, bem antes do advento da referida lei, Ada Pellegrini Grinover já professava a necessidade de se regular e cercar a matéria de cautelas a fim de proteger esses direitos.

Nesse sentido, enfatiza Lenio Luiz Streck que a interceptação telefônica deve ser tida como absoluta exceção. Seu deferimento apenas pode se dar quando cumpridos todos os requisitos para tanto, sendo condição sine qua non para o deslinde do feito.

Portanto, é na intenção de proteger os direitos da personalidade e limitar a medida que os restringe que deve ser interpretada a Lei 9.296/96. A interferência na vida privada dos indivíduos apenas pode se dar de acordo com o estritamente previsto em lei, compatibilizando-se a produção de provas com os direitos fundamentais do acusado, tais como a privacidade e a intimidade.

Nesse seguimento, vale ressaltar a importância do devido processo legal, estatuído pela Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LIV. Se o sigilo das comunicações telefônicas é a regra, o princípio do devido processo legal se coloca como garantidor de que as exceções a essa regra, bem como o procedimento legal a ser seguido, estejam previstos em lei. Lei essa que deve ser respeitada, legitimando a atuação do Estado na origem da prova, mormente quando relativa privacidade do indivíduo.

Dessa maneira, assentada está a necessidade de se respeitar os limites à medida de quebra de sigilo telefônico colocadas pela lei e pela Constituição da República, respeitando-se as garantias de nosso estado democrático de direito.

Qualquer prova obtida sem a observância dessas limitações à quebra de sigilo, há de ser reputada ilícita.

## **2 A INTERCEPTAÇÃO COMO ÚLTIMO MECANISMO PROBATÓRIO**

O art. 2º, II, da Lei nº 9.296/96, permite a realização de interceptações telefônicas apenas nas investigações criminais em que a prova não puder ser obtida por outros meios que estejam à disposição da polícia judiciária. Dessa forma, a interceptação telefônica deve ser o último mecanismo probatório a ser utilizado durante a investigação criminal, ou seja, apenas depois de esgotados os demais procedimentos investigatórios disponíveis ou quando houver uma demonstração concreta no sentido de que outras formas de obtenção de provas são, de antemão, inócuas.

Dizer que a prova não pode ser feita por outros meios disponíveis quer significar, segundo Gomes e Maciel (2018, p. 107), que a interceptação telefônica, para ser deferida pelo magistrado, deve ser indispensável. Isso porque, dentre todas as alternativas probatórias à disposição, "deve o Poder Público escolher a menos gravosa, sobretudo quando diante de insidiosa ingerência na intimidade não só do

suspeito, mas também de terceiros que com ele se comunicaram” (LIMA, 2016, p. 156). Destarte, tem-se que a interceptação telefônica deve ser usada como medida de *ultimaratio* (GOMES e MACIEL, 2018, p. 107).

Tendo em vista o caráter fundamental dos direitos envolvidos em matéria de captura das comunicações telefônicas, tais sejam, os direitos à intimidade e ao sigilo das comunicações, deve o juiz, ao analisar o caso concreto, valorar se realmente não há outros meios disponíveis para a produção da prova, de modo que somente quando a interceptação for *conditio sine qua non* para a investigação do fato é que deve ser admitida (GOMES e MACIEL, 2018, p. 108).

Vê-se que, mesmo sendo medida excepcional, a Constituição Federal preordenou regras estritas de garantias a serem seguidas no decorrer das investigações, para que a interceptação não seja usada de maneira abusiva ou banalizada. Fora das hipóteses excepcionais autorizadas no dispositivo constitucional, a legislação prevê sanção aplicável ao crime, de acordo com o artigo 10º da Lei n. 9.296/96 (SILVA, 2007, p. 438).

Em razão do dispositivo supracitado, outro aspecto também merece ser apreciado. Se a interceptação telefônica só pode ser autorizada quando for o último mecanismo para obtenção de provas, não pode ser deferido esse procedimento de investigação com base somente em denúncia anônima, ou seja, a polícia judiciária, ao receber uma insinuação apócrifa, não pode iniciar

as investigações com a imediata realização de escutas telefônicas.

### **3 O SIGILO DO PROCEDIMENTO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO**

Durante os atos de investigação, o procedimento referente às interceptações telefônicas deverá ser, conforme estabelece o art. 8º da Lei nº 9.296/96, sigiloso, razão pela qual os investigados e seus defensores não poderão tomar ciência acerca do andamento desse método investigativo. E é exatamente em virtude desse caráter sigiloso que o procedimento deve tramitar, segundo prevê expressamente a lei sob análise, em autos apartados, que só serão juntados ao inquérito policial imediatamente antes do relatório final do delegado de polícia (art. 8º, parágrafo único).

Dessa forma, no caso específico de interceptação telefônica, como se trata de diligência sigilosa e para que as investigações sejam exitosas no sentido de

demonstrar a ocorrência de infrações penais e de apontar os seus prováveis autores, os advogados, mesmo que sejam constituídos pelos investigados, não poderão ter acesso aos autos do inquérito policial enquanto o procedimento estiver em andamento. A respeito do assunto, a própria Súmula Vinculante 14 do STF, que faculta ao advogado do investigado o acesso aos elementos de provas oriundos de diligências já realizadas pela polícia judiciária e formalizadas no inquérito policial, afasta a possibilidade de o defensor tomar ciência de atos investigativos que estão em andamento, sob pena de a própria investigação se tornar inócua, razão pela qual a Lei nº 9.296/96 assegura o sigilo, característica que é da própria essência da interceptação telefônica (LOPES, 2009).

Assim, nos casos de interceptações telefônicas, o contraditório será realizado posteriormente, na primeira oportunidade possível após a conclusão das investigações, o que normalmente acontece após o recebimento da denúncia, quando inicia o processo penal. Trata-se do chamado *contraditório diferido* ou *postergado*, em que se assegura ao imputado, após a gravação e a transcrição dos diálogos, os direitos de informação e de apresentar as suas contrarrazões (GRECO FILHO, 1996; FERNANDES, 1996; e PITOMBO, 1996).

#### **4 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A LAVA-JATO**

O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva passou a ser investigado no ano de 2016 pelos crimes de corrupção passiva, ativa e lavagem de dinheiro. A problemática se insere justamente em sua posição e atuação na exposição dos grampos telefônicos que envolvia o ex-presidente Lula e Dilma Rousseff. No dia 16 de março o Brasil foi surpreendido com a divulgação pública e massivamente repetidas pela imprensa, de conversas realizadas entre Lula e a Presidente Dilma Rousseff, originados de uma medida de interceptação das comunicações telefônicas realizados no âmbito da Operação Lava jato, cujo sigilo foi afastado por decisão proferida pelo juiz Sérgio Moro, nos autos do processo no 5006205-98.2016.4.04.7000/PR.

Dilma Rousseff não era investigada pela operação Lava Jato e não tinha qualquer envolvimento com crimes de corrupção ou lavagem de dinheiro. Ela exercia o cargo como 36ª Presidenta do Brasil.

Observa-se que Sérgio Moro não possuía competência para levantar o sigilo da gravação envolvendo a então Presidente Dilma, uma vez que ela possuía prerrogativa de foro por função. Dilma só poderia ser processada e julgada pela prática de crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea "b", da Constituição Federal. Constando que os diálogos envolviam a então presidente Dilma, a única decisão cabível a Sérgio Moro seria

enviar a gravação ao Supremo Tribunal Federal, que possuía competência para decidir o que fazer com essas provas (ConJur, 2016b, p. 1).

Como bem colocou o Ministro Teori Zavascki, há um direito fundamental que deve ser respeitado e foi ignorado pelo juiz: o direito ao sigilo das comunicações previsto no artigo 5º, inciso XII, da Constituição. A Lei nº 9.296/96, regulamentou a interceptação telefônica na forma prevista na parte final do inciso XII do artigo 5º da Constituição e realizou a ponderação entre a publicidade dos atos processuais, a intimidade e o interesse social, a que se referiu o inciso LX do mesmo artigo. Nos artigos 1º, 8º e 10º da Lei de regência da interceptação telefônica, estão com clareza previstos o sigilo e a sua extensão às diligências, gravações e transcrições, bem como criminalizando sua violação.

Teori Zavascki afirma que Sérgio Moro decidiu “sem nenhuma das cautelas exigidas em lei”. Isso porque a Lei n. 9.296/1996 (Lei de Interceptações Telefônicas) veda expressamente a divulgação de conversas interceptadas e determina a inutilização das gravações que não interessem a investigação. (ConJur, 2016b, p. 1)

Como alerta Zaffaroni (2013) há um crescente advento do autoritarismo e do poder punitivo e admitir um tratamento diferenciado, como este em objeto, divulgando conversas sigilosas entre presidenta e ex-presidente em rede televisiva nacional, coloca em questão a própria dinâmica de limitações à liberdade de toda a população, dado que se pode fazer isso com uma presidenta, autoridade máxima do executivo, o que será da privacidade e intimidade da população quando se faz necessário a resolução da “[...] eficácia humanitária do poder punitivo que declara perseguir apenas a neutralização do risco da emergência do momento” (ZAFFARONI, 2007, p. 118).

## **5 TEORIA DO FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA**

Como foi dito por Cabral (2009, p. 1), “A teoria dos frutos da árvore envenenada foi criada e aperfeiçoada pela Suprema Corte Norte-Americana com o título *the fruit of the poisonous tree*, que entendia que as provas derivadas da ilícita também deveriam ser reputadas ilícitas”.

O nome dado para tal teoria pode ser entendido conforme a conceituação apresentada por Dezem, que afirma o seguinte: “as provas ilícitas acabam por contaminar todas as demais provas que dela sejam consequências”. (DEZEM, 2008, p. 134).

A teoria foi criada com o intuito de inibir a atividade policial ilegal e em violação as proteções constitucionais, e segundo ela, “a exemplo do que ocorre com

uma árvore doente, que produz frutos também doentes, a prova obtida ilicitamente contamina os seus frutos, ou seja, as demais provas que tenham sido descobertas e produzidas apenas em decorrência das informações obtidas ilicitamente" (SOUZA, 2008, p. 41-42).

Vale lembrar, "a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas" (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2009, p. 155).

A Constituição Brasileira de 1988 incluiu no artigo 5º, inciso LVI, a vedação da utilização no processo de provas ilícitas em geral: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (BRASIL, 1988)

No Brasil, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada foi utilizada pela primeira vez em 18 de dezembro de 1986, quando o Supremo Tribunal Federal, contra o voto do relator, decidiu não apenas pelo desentranhamento das gravações clandestinas, mas também pelo trancamento do inquérito policial, por inexistência nos autos de elementos não viciados pela contaminação das provas obtidas ilicitamente no processo RTJ 122/47 (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2008, p. 167).

Com o advento da Constituição Brasileira de 1988, foi incluída no artigo 5º, inciso LVI, a vedação a utilização no processo de provas ilícitas em geral no processo. Todavia, vale ressaltar, que a Constituição Federal restou silente acerca das provas ilícitas por derivação, nem mesmo existia qualquer vedação a admissibilidade das provas derivadas das ilícitas em lei ordinária.

Apenas no ano de 2008, foi promulgada a Lei nº 11.690 que introduziu no Código de Processo Penal Brasileiro o artigo 157, a Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada e suas mitigações:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. §1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da

investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado as partes acompanhar o incidente (BRASIL, 2008a).

Aury LOPES JUNIOR considera que toda prova ilícita e dela derivadas devem ser inadmissíveis e desconsideradas: [...] entendemos que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve (LOPES JUNIOR, 2014, p. 615).

No âmbito de um processo penal a atividade probatória exercida deve buscar a realização da justiça, fundada na maior aproximação possível da verdade ao mesmo tempo em que respeita os direitos fundamentais garantidos ao investigado. Neste sentido, não se pode admitir tudo e qualquer coisa em nome da busca da verdade. A sério, no regime jurídico-constitucional brasileiro toda atividade do Estado deve ser realizada em conformidade aos princípios e regras constitucionais que conferem direitos fundamentais aos indivíduos. (FREITAS, 2010)

A Constituição Federal de 1988 traz delimitações expressas à atividade persecutória estatal quando elege à condição de direitos fundamentais em seus artigos a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Assim sendo há um limite à busca dos órgãos estatais por elementos que possibilitem a persecução penal, configurando verdadeiros limites éticos à atividade probatória. (FREITAS, 2010)

Portanto, a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada declara inadmissíveis os meios probatórios que apesar de produzidos em momento posterior, acham-se afetados pela ilicitude da prova originária, que a eles se transmite por efeito do nexo de causalidade. Circunstância na qual novos dados probatórios são conhecidos pelo Poder Público apenas em razão de transgressão praticada anteriormente pelos agentes da persecução penal, em desrespeito à garantia constitucional a direitos fundamentais. (CARVALHO, 2016)

## **CONCLUSÃO**

A Constituição Federal de 1988 traz em seu texto a proteção da vida e das ideias de igualdade, liberdade e justiça, tendo como princípio fundamental a dignidade humana. Anos mais tarde foi regulamentada a Lei n. 9.296/1996, Lei de Interceptação Telefônica, Lei está fundada no artigo 5º da Constituição Federal, explicita que, por ordem de juiz competente, caso haja indícios razoáveis de autoria e participação em infração penal, é permitida a interceptação telefônica, devendo ser observado seus requisitos de necessidade da prova.

A interceptação telefônica, não pode ser realizada se, não apresentar indícios da autoria ou de participação, ou ainda, se as provas não puderem serem obtidas através de outros meios de colheita de provas. Preenchido os requisitos previstos na lei, deve conter também a autorização judicial para a quebra de sigilo telefônico, mesmo quando não se tratar de interceptação telefônica propriamente dita.

Está previsto no texto da Constituição Federal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem dos indivíduos, sendo estes direitos invioláveis. Sendo também, o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

A interceptação telefônica é uma medida considerada invasiva e violadora da intimidade e vida privada, essas que são valores constitucionalmente garantidos, por tanto deve ser empregada somente em situações excepcionais, de acordo com as regras legais vigentes no sistema jurídico.

A interceptação tem sido um meio de prova de extrema importância no combate a corrupção e criminalidade, pois trata-se do meio probatório mais eficiente existente nos últimos tempos, em determinados crimes por este meio é comprovado a materialidade e autoria, mas quando utilizado de forma errada e quando não se obedece os requisitos da Constituição Federal e da Lei 9.296 fere direitos individuais a privacidade e o sigilo. A Lei de interceptação telefônica se tornou uma ferramenta de extrema importância como um meio de confirmar evidências que por outros meios de provas não seriam possíveis.

Qualquer violação de sigilo, mínima que seja, deve obedecer ao que está disposto no texto constitucional. Assim como os demais direitos fundamentais, o direito á intimidade não é absoluto no qual nos deparamos com exceções presentes na respectiva Lei de interceptação telefônica. Em decorrência desta relativização, o magistrado deve sopesar nos casos em concreto se há o preenchimento dos requisitos expressos em lei para que seja deferido o uso da interceptação e analisar se não há outros meios para que seja feita a colheita de provas.



Após a Lei 9.296/96 entrar em vigor, confirmou-se a garantia constitucional a respeito da violação dos direitos fundamentais, levando em consideração o princípio da razoabilidade e da celeridade para que não sejam excedidos os prazos legais na investigação, assim buscando a justiça e a diminuição da criminalidade, sempre valorando a dignidade humana.

Diante do exposto, o artigo 157 do Código de Processo Penal fala sobre as inadmissibilidades, que são as provas ilícitas, as que violam as normas constitucionais ou legais, com isso citamos a Teoria do Fruto da Arvore envenenada, que é a admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

A aplicação dessa teoria colabora para a concretização das previsões garantistas da Constituição Federal, mesmo que, ainda haja posicionamentos que se fundamentem na necessidade de equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses da sociedade.

Conclui-se que a Teoria do Fruto da Arvore Envenenada é de grande importância para o processo, pois impede abusos que poderiam ser práticos pelos agentes estatais, garantido a liberdade e dignidade do indivíduo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, R; SOUZA, M A. **Direitos e garantias fundamentais em matéria penal: a teoria da árvore dos frutos envenenados.** Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/418>

CÂMARA, R H. **Análise de Conteúdo: Da Teoria Prática em Pesquisas Sociais Aplicadas as Organizações.** Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-82202013000200003](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-82202013000200003)

CARVALHO, A A; OLIVEIRA, I K C. **Teoria dos frutos da árvore envenenada.** Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/10018>

CERNICCHIARO, L V. **Interceptação telefônica.** Revista da fundação escola superior do ministério público do distrito federal e territórios - ano 5 - n119 - janeiro/junho 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211925115.pdf>

**Comentários A Uma Sentença Anunciada – O processo Lula** – Carol Proner; Gisele Cittadino; Gisele Ricobom; João Ricardo Dornelles [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf)

FARIA, F C M; ROCHA NETO, T. **Investigação Criminal: os critérios de legitimidade para valoração dos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Brasil. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/329/258>

FURLAN, A V; GALHARDO, M E R. **Interceptação telefônica e a sua admissibilidade como meio de prova.** Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7920>

GRANJA, C A. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/>

GRINOVER, A P. **O Regime Brasileiro das Interceptações Telefônicas.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46935/46291>

LAKATOS, E M; MARCONI, M A. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 7ª Edição São Paulo – Sp; Atlas, 2011. Disponível em: [https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy\\_of\\_historia-i/historia-ii/china-e-india](https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india)

LOPES, F M. **As Principais Controvérsias A Respeito das Interceptações Telefônicas.** Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/433>

MARZOCH, M L. **Aspectos Polêmicos da Interceptação Telefônica.** Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44365>

MATTOS, L A B. **MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO LULA NA OPERAÇÃO LAVA-JATO.** Disponível em: <https://repositorio.unichristus.edu.br/jspui/bitstream/123456789/743/1/LUIS%20AUGUSTO%20BEZERRA%20MATTOS.pdf>

MOLLMANN T; COLL, M. **A interceptação telefônica como meio de obtenção de provas e a (in)validade da prova obtida fortuitamente.** Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/235124957.pdf>

MORO, S F; MOSER, M P. **Provas Ilícitas no Processo Penal e a Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada.** Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/11910/pdf>

RICHTER, H B. A aplicação da interceptação telefônica de acordo com a lei 9.296/96 e as garantias fundamentais: análise de caso Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36351>

SANCHEZ, D E A. As Interceptações Telefônicas e os Seus Limites Constitucionais. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-interceptacoes-telefonicas-e-os-seus-limites-constitucionais-analise-juridica-sobre-a-divulgacao-do-dialogo-entre-lula-e-a-presidente-dilma-rousseff/>

SOARES, F S. **Aplicabilidade do direito à intimidade no processo penal: estudo de caso sobre a interceptação telefônica do ex Presidente Lula.** Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/10534>

VECHI, F. **As consequências da atuação do magistrado Sérgio Moro no caso da divulgação das interceptações telefônicas em março de 2016.** Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/18009>

## A LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS NOVAS PERSPECTIVAS

### **ANA KAROLLYNE PEREIRA CAVALCANTE:**

Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Experiência em Direito Civil. Estagiária em Escritório Advocatício em Palmas/TO.

### **ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA[1]**

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar a Lei nº 12.318/2010 de alienação parental, expondo os problemas enfrentados pelo menor e a responsabilidade do genitor nesse tipo de conduta. Conforme o art. 2º da Lei nº 12.318/2010, “Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. A guarda compartilhada e a mediação de conflitos são regulamentadas em nosso país, contudo, alguns genitores ainda se valem de práticas como a da alienação parental para impossibilitar ou dificultar o convívio do menor com sua família, causando uma série de prejuízos emocionais e psíquicos.

**Palavras-chave:** Alienação; genitores; lei nº 12.318/2010.

**ABSTRACT:** This article seeks to analyze the law of parental alienation, exposing the law, the problems faced by the minor and the responsibility of the parent in this type of conduct. According to art. 2 of Law No. 12,318 / 2010, “Parental alienation is considered to be interference in the psychological formation of the child or adolescent, promoted or induced by one of the parents, by the grandparents or by those who have the child or adolescent under the authority, custody or surveillance, in order to repudiate a parent or cause damage to the establishment or maintenance of links with him”. Shared custody and conflict mediation are regulated in our country, however, some parents still use practices such as parental alienation to make it impossible or difficult for children to live with their family, causing a series of emotional and psychological losses.

**Keywords:** Alienation. Parents. Law 12.318 / 2010.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. A família e o exercício do poder familiar 2.1 O reflexo do divórcio: guarda compartilhada 2.2 O abuso do poder familiar por meio da alienação parental 3. Surgimento da lei de alienação parental – Lei nº 12.318/2010 3.1 O caráter

processual e punitivo da lei de alienação parental 3.2 Dificuldades na aplicabilidade da Lei nº 12.318/2010 4. Novas perspectivas acerca da lei de alienação parental 4.1 A mediação como perspectiva na resolução da alienação parental 5. Conclusão 6. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

Muitos pais e mães causam o fenômeno denominado “alienação parental” que conceitua-se como um ato de reprovação de um dos genitores em relação ao outro por meio do menor, sendo, muitas vezes, atrelado a não possuírem condições de lidar com dissolução da união conjugal de forma pacífica e madura, onde acabam utilizando os filhos como “moeda de troca” ou como meros transmissores de reprovações.

O estudo visa expor a atuação da Lei nº 12.318/2010 no ordenamento jurídico brasileiro frente as manobras utilizadas como a aplicação de multas e os inibidores de conduta, bem como as consequências, o direito do menor em ter convívio familiar e os efeitos nocivos que a alienação gera.

A lei supracitada aborda com clareza o agente ativo e passivo além das consequências para ambos. Dessa forma, evidencia-se a importância de abordar as problemáticas como: a Lei de alienação parental; os inibidores dessa conduta; categorizar as consequências para o genitor e menor e ilustrar acerca da atuação da justiça brasileira em casos de alienação parental.

A metodologia utilizada para elaboração deste artigo constituiu em uma análise bibliográfica com a leitura de livros, textos e artigos para levantamento das informações básicas e essenciais ao desenvolvimento do tema. O referencial teórico transcorre de forma positiva, tendo em vista que se trata de uma temática de grande aprendizado e com recorrência na sociedade.

O presente estrutura-se em três capítulos. O primeiro abordará o conceito de família e o poder familiar, enquanto o segundo capítulo explanará sobre o surgimento da Lei de alienação parental, e por fim, o último, que delineará sobre as novas perspectivas normativas para o cenário da alienação parental.

## **2. A FAMÍLIA E O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR**

A família é considerada a base de cada indivíduo desde o seu nascimento ou por meio de laços de afeto, sendo aplicável destacar que é através dessa organização que se adquire caráter e peculiaridades da personalidade.

Com o passar do tempo, se percebeu também, que a família é um sistema que antecede o Estado e o Direito, para MORAES (2014):

Não foi, portanto, nem o estado nem o direito que criaram a família, pois foi esta que criou o Estado e o Direito, como sugere a famosa frase de Rui Barbosa: " A pátria é a família amplificada". Como a primeira base da organização social, a família deve ser tutelada pelo ordenamento jurídico vigente.

Assim, a família é vista como a primeira instituição social que todos os indivíduos tem contato, é através dela que se recebe os primeiros ensinamentos no qual transcorre por toda a vida. Sabendo disso, pode-se analisar que a forma como uma criança vê o mundo e se comporta em sociedade é diretamente gerida pelo seu contexto de família.

Em uma doutrina de cunho mais conservador, VENOSA (2016) versa que em um sentido amplo a família "é o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, e compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder".

Nesse sentido, o único meio de ruptura de tal organização familiar, se dá através do divórcio, sendo esse um dos motivos que podem causar instabilidade emocional de um dos genitores, acarretando a alienação parental, bem como, o sofrimento da criança que é a pessoa de maior vulnerabilidade no contexto familiar.

Sendo assim, um divórcio administrado de maneira errada, pode causar interferências no bom desenvolvimento do menor que sofre mais intensamente com esse processo de transição.

Em outro enfoque, DINIZ (2008, p. 23-24) denota, que a família abarca em seu sistema "todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos".

Já a Constituição Federal de 1988 trás uma maior amplitude do termo família englobando as que são formadas via união estável ou a composta por apenas um genitor e o filho, conceituada como família monoparental.

O artigo 226 da Constituição de 1988 define um rol meramente exemplificativo, de modo que os tipos de família ganham uma maior abrangência quanto a sua formação constituindo-se por um direito de afeto e liberdade.

No que tange o contexto abordado sobre a família, deparamo-nos com uma de suas vertentes, qual seja, o poder familiar, que é exercido basicamente pelos responsáveis do menor, eivado de direitos, deveres e objetiva guardar a proteção em relação aos infantes.

Os pais, por serem os responsáveis, tem como dever cuidar da integridade da criança, bem como, apoiar as áreas que correspondem à educação e os devidos cuidados na infância.

Tal poder é mais presente no aspecto protetivo e afetivo estando ligados ao princípio do melhor interesse do menor, esse já resguardado pela Constituição Federal em artigo 227, que preleciona:

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

Nota-se que a prática da alienação parental fere diretamente o poder familiar, além da sua organização, moral e o desenvolvimento da personalidade do menor.

Neste mesmo aspecto, o Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta em seu artigo 7º:

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Na mesma ordem, verifica-se que a alienação parental é compreendida como um abuso do poder familiar, podendo o genitor alienador ser destituído de tal poder caso se julgue necessário.

Em caso de acusações falsas, o requerimento de destituição do poder familiar será negado após as devidas averiguações, como se pode observar no acórdão:

**DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ABUSO SEXUAL. DA ALIENAÇÃO PARENTAL.** Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder

familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora, não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada alienação parental. Negado provimento. (TJ-RS. Agravo de Instrumento nº 70015224140. Relatora: Maria Berenice Dias. Data: 12 jul. 2006).

Garantir um lar amigável para a criança, em regra, é cumprida pelos pais ou responsáveis de maneira equivalente, porém, pode vir a ser feito por apenas um deles em caso de divórcio ou, até mesmo, por algum responsável legal que detenha a guarda do menor. Em todas essas esferas deve-se prezar pelo lar harmonioso e com todos os direitos já citados.

Desse modo, após uma dissolução do casamento, tendo a existência de filhos menores, o casal tem como responsabilidade decidir a guarda, que anteriormente era de direito dos dois de forma igualitária, restando a necessidade de escolha de quem será o detentor da guarda e a qual deles será destinado o direito de visitas, e ainda, se a guarda vai seguir o modelo de compartilhada entre ambos.

## **2.1 O reflexo do divórcio: guarda compartilhada**

Após a promulgação da Lei 6.515/1977 (Lei de Divórcio), se estabeleceu que em caso de dissolução do casamento, os pais podem acordar a respeito da guarda dos filhos, porém, em casos de separação litigiosa, a guarda poderia ser compartilhada entre os dois genitores, ou ainda ser destinada apenas a um, caso o modelo de guarda unilateral fosse aplicado.

Com relação aos fatores que provocariam o aumento da ocorrência do fenômeno da alienação parental, vários autores renomados na área do direito de família apontam o aumento do número de divórcios e dissoluções de uniões estáveis como fator influenciador.

Trazendo a reflexão, uma teoria embasada pelo conhecido sociólogo Zygmunt Bauman (2012), no que concerne a vida em sociedade nos dias atuais, sugere uma visão de "liquidez" para caracterizar o fenômeno da vida moderna que encara as relações de maneira volátil e flexível quanto a sua duração.

Com o divórcio, a obrigação de cuidar dos filhos, é de ambos os genitores, e nesse sentido se tem em regra a guarda compartilhada, amparada pela Lei nº 13.058/ 2014 que dispõe em seu artigo 2º:

Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai,



sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Pode-se ressaltar que “A guarda compartilhada implica na atribuição de prerrogativa a ambos companheiros, ou simplesmente guardiães, que devem harmonizar-se no desiderato de dividir os direitos e deveres oriundos do poder familiar de que são detentores” (MIGUEL, 2015, p. 24).

As dificuldades podem surgir quando a guarda não é exercida em união pelos pais, havendo a decisão da sua fixação apenas para um, outro ou terceiro responsável, de modo que para inibir tal deficiência é regulamentado o direito de visitas.

Segundo Leite (2003):

O direito de visitas não é um ‘direito’ dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a Lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.” (LEITE, 2003, p.221-223).

O cunho da referida Lei de guarda compartilhada, é o de facilitar a convivência de forma equilibrada quanto ao tempo da criança com cada responsável, para que o menor tenha conhecimento dos dois lados afastando assim, as possibilidades de ser alienado.

Nesse sentido, pode-se identificar através da guarda compartilhada o direito de visitas, sendo esse um direito do menor, visto que os interesses em relação ao afeto e a manutenção do vínculo com ambos devem ser mantidos de forma saudável mesmo que o casamento venha a acabar.

## **2.2. O abuso do poder familiar por meio da alienação parental**

Ao ser exposto ao abuso do poder familiar por meio da alienação parental, diversos tipos de problemas relacionados a saúde mental e a vida social da criança podem vir à tona.

“Os infantes quando são submetidos a essa situação geralmente não têm consciência das manipulações a que estão sujeitos, e como consequência poderão sofrer com a depressão, ansiedade, baixa autoestima e dificuldade para se relacionar posteriormente” (DUQUE, 2015).

Com o pouco contato com o genitor alienado, a criança que sofre a alienação, cria em sua mente a figura de uma pessoa desqualificada e ruim para se conviver, não tendo, o menor, o discernimento para saber que está sendo manipulado e enganado.

Ao passar pela alienação, o filho pode acabar apagando de sua mente as memórias afetivas de momentos bons e passa a ter impressões falsas do genitor, ou até mesmo ser impedido de construir essas memórias. Dessa forma, cada criança tem um tipo de reação quando submetida a alienação parental, e os males são incalculáveis.

Para Maria Berenice (2009):

“Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. ”

Dessa forma, fica evidente que as consequências desse tipo de abuso do poder familiar denominada alienação parental, acarretam no menor um conjunto de consequências negativas e danosas quanto o seu desenvolvimento pessoal, emitindo a importância de que tais abusos sejam advertidos, analisados e punidos se assim for necessário.

### **3. SURGIMENTO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL - LEI Nº 12.318/2010**

Os rumores a respeito da alienação parental começaram a ter possível evidência no jurídico a partir da repercussão das ideias do psiquiatra norte americano Richard Gardner (1985), que afirmava a existência de três graus de alienação como uma espécie de patologia; seriam eles: leve, moderado e grave.

No estágio leve, as ofensas são raras e o alienador atrapalha apenas ligações ou a participação em eventos escolares, por exemplo. Já no estágio moderado a desqualificação e argumentos com o objetivo de afastar o convívio são mais numerosos e intensificados, nesses casos, ainda se permite a visitação. Por fim, em casos graves de alienação parental, a criança já foi totalmente doutrinada pelo

alienador e passa a repelir o genitor por considerar sua presença algo que possa lhe oferecer perigo.

Já para Perez (2013, p. 46), "a lei não trata do processo de alienação parental necessariamente como patologia, mas como conduta que merece intervenção judicial, sem cristalizar única solução para o controvertido debate acerca de sua natureza".

A Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) tem a intenção de assegurar a formação psicológica e social saudável do menor, que por vezes pode ser ameaçada pelo comportamento de alguns pais ou dos responsáveis, no qual podem levar o menor a repudiar um dos pais e prejudicar o vínculo com esse.

A maioria das ocorrências são percebidas em processos de divórcio e de guarda, onde um dos pais quer dar seguimento em sua vida e o outro não se conforma com o fim da relação, iniciando uma campanha de desmoralização do genitor que não mora com o infante.

A prática da alienação parental já ocorre a muitos anos afetando vários contextos familiares, expondo crianças a comportamentos hostis e desrespeitosos em relação a um dos genitores ou membro da família que seja o guardião.

Os comportamentos abusivos por parte dos pais ou responsáveis também receberam ajuste legal, através da mesma Lei. O dispositivo tipifica o comportamento dos responsáveis que praticam a alienação parental; estabelece advertências e sanções aos pais e responsáveis que a praticam e determina a realização de um acompanhamento psicológico quando o juiz achar necessário.

### **3.1 O caráter processual e punitivo da lei de alienação parental**

Conforme já mencionado, as falas mais comuns de serem pronunciadas pelo sujeito ativo dessa conduta visam distanciar o outro genitor do convívio com o filho, fazendo-se valer muitas vezes de falsas denúncias de abuso emocional ou sexual.

Tais acusações, que em sua grande maioria são inventadas, acabam atingindo o resultado esperado: afastar o filho de um dos genitores.

Nesse sentido, conforme Ênio Santarelli Zuliani (Revista do Advogado AASP, 2011, p. 37):

[...] Os adultos resolvem suas pendências, e os filhos menores, quase sempre, são os que sofrem as piores consequências da quebra da affectio maritalis. Isso invariavelmente ocorre ainda

que concorram justas razões para o divórcio, sabido que as crianças sempre desejam que os pais continuem unidos, como se a presença deles fortalecesse o próprio abrigo e sua vida, o que é bem compreensível. O certo é que, uma vez decidido pelo término da relação, é necessário dar atenção aos filhos menores, na tentativa de amenizar os impactos do vazio que se abre com a divisão de moradias dos pais [...] (AASP, 2011, p. 37)

Como visto, a Lei se desenrolou tratando a alienação como se deve, por ser uma conduta que trás efeitos que podem deformar e inibir o desenvolvimento pleno do menor.

Pode-se verificar também que tal prática fere o princípio da dignidade da pessoa humana, explicitado no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, princípio esse que assegura direitos mínimos que são amparados pelo poder público em favor da pessoa valorizando o ser humano.

A prática da alienação parental, conseqüentemente, acarreta penas a serem cumpridas caso seja comprovado o crime.

Nessa seara, a Lei 13.431/2017 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu 4º artigo, alinha b:

O ato de alienação parental, assim entendido como a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou por quem os tenha sob sua autoridade, guarda ou vigilância, que leve ao repúdio de genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculo com este.

Acerca das medidas aplicadas para a conduta, verifica-se que a Lei nº 12.318/2010, que anteriormente trazia em seu 10º artigo a pena de detenção, foi alterada e teve tal dispositivo vetado, uma vez que, o menor poderia se sentir culpado pela prisão do genitor e ter sua saúde mental comprometida com sentimentos como o remorso, motivo que fundamentou o veto do supracitado artigo.

Além do artigo vetado, percebeu-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente abarca também os meios de inibição da conduta.

A lei de alienação parental (lei nº 12.318/10) preleciona ainda em seu artigo 6º:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso.

A par disso, dispõe os incisos do mencionado artigo 6º, que medidas como o regime de convivência familiar seja ampliado, além de multa a ser paga pelo alienador, e a suspensão da autoridade parental, podendo o Juiz optar pela retirada do menor da residência do genitor alienador.

Como passo inicial se tem a advertência que busca coibir o genitor alienador, onde lhe é recomendado que pare de praticar tais atos alienatórios e que se esse se opor, medidas mais severas serão aplicadas.

A respeito da ampliação do regime de convivência familiar do genitor, esse visa o fortalecimento dos laços de afeto e a reaproximação para impedir que ocorra a campanha em seu desfavor.

No tocante a multa que pode ser aplicada, essa tem natureza econômica e é uma medida punitiva que, por sua vez, é determinada de acordo com o poder aquisitivo do mesmo, buscando cessar os atos de alienação e exigir a devida obediência no que tange as visitas, horários e cumprimentos que venham a garantir o bem-estar do filho.

A aplicação mais severa que se tem é a alteração da guarda, ao passo que, no ordenamento jurídico brasileiro, o entendimento é que a guarda compartilhada atende de uma maneira excelente ao menor.

Nessa mesma senda, é cabível verificar, que em uma esfera penal, caso o alienador venha a descumprir alguma das medidas judiciais, pode ser submetido a instância penal no que concerne o crime de desobediência que consta no artigo 330 do Código Penal, conforme jurisprudência:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS CONDIÇÕES IMPOSTAS AO PAI. EVENTUAL RECUSA DE ENTREGAR AS CRIANÇAS NO DIA DA VISITA PATERNA DEVE SER ANALISADA COM CUIDADO IMPRESCINDÍVEL PROVA CABAL PARA A IMPUTAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E CRIME DE DESOBEDIÊNCIA." (TJ-SP – AI: 410701720118260000 SP

0041070-17.2011.8.26.0000, Relator: Antonio Vilenilson. Data de Julgamento: 20/09/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2011).

Resta demonstrado, a importância dos meios punitivos, bem como os inibidores pedagógicos que tenham como foco amenizar a ação além dos efeitos danosos ao menor, que é inserido nesse contexto de maneira tão nefasta e nada saudável.

### **3.2 Dificuldades na aplicabilidade da lei nº 12.318/2010.**

Como o informa o artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 a alienação parental é a interferência na formação da criança ou adolescente, não só por parte dos genitores, como avós ou pessoas que detenham a guarda ou esteja sob sua responsabilidade.

O seio familiar deve ser uma estrutura que tem em sua organização um ambiente sólido, pacífico e sem qualquer tipo de agressão por parte dos pais ou responsáveis pelo menor. Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro a apuração para comprovação da alienação parental em casos concretos podem ser de difícil percepção.

Priscila Corrêa da Fonseca (2010, p. 274) explana:

É imperioso que os juízes se deem conta dos elementos identificadores da alienação parental, determinando, nestes casos, rigorosa perícia psicossocial para, aí então, ordenar as medidas necessárias para a proteção do infante. Observe-se que não se cuida de exigir do magistrado – que não tem formação em Psicologia – o diagnóstico da alienação parental. Contudo, o que não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre as quais o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas. (FONSECA, 2010, P. 274)

Cabe evidenciar ainda que entre as dificuldades na eficácia da Lei nº 12.318/2010, no que diz respeito aos meios de inibição de conduta como é o caso da multa, possuem uma leveza em seu cerne e acabam por na verdade emitir falsas esperanças na inibição da prática.

Ainda, as acusações de abuso sexual e a avaliação psicológica acabam sendo um processo moroso, e como consequência, muitos pais continuam impedidos de conviver com os filhos mesmo que não tenham praticado tais atos.

Um dos objetivos da aplicação da Lei nº 12.318/2010 é buscar dar a efetividade plena ao maior interesse do menor, entretanto, tal efetividade será dada a partir do momento em que se passar a desenvolver um processo mais célere quanto constatação ou não dos atos alienatórios por parte do genitor que sofre a alienação.

#### **4. NOVAS PERSPECTIVAS ACERCA DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Lei nº 12.318/10 trouxe em seu bojo várias opiniões contrárias e algumas polêmicas no decorrer da década.

É sabido que a supracitada norma elencou vários benefícios no que diz respeito ao cuidado e bem-estar dos menores, além de dar atenção especial para os casos.

Contudo, no ano de 2018 passaram a tramitar projetos de lei com a finalidade de alterar a Lei da alienação, dentre eles o projeto de Lei nº 10182/2018 dispondo sobre a "mudança no procedimento judicial para que o juiz da causa possa decidir com maior amparo técnico e fático. "

Ocorre que, apesar dos grandes avanços que a referida lei trouxe, atualmente muitos operadores do direito e legisladores se encontram em estado de preocupação com o grande número de denúncias falsas e os desgastes trazidos por elas.

Nesse sentido, após perceber que muitas denúncias feitas eram falsas, o projeto de lei 10402/2018 solicita a renumeração do parágrafo único para §1º e o acréscimo do §2º ao artigo 2º da Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010 a fim de dispor acerca da alienação parental no caso de apresentação de falsa denúncia.

Além disso, também consta o projeto de lei 10.712/2018 que pede sua alteração no que tange os procedimentos em relação a perícia.

Entretanto, o Senado em Projeto de Lei número 498 de 2018, surpreendentemente, traz à tona o pedido de revogação da Lei nº 12.318/2010 alegando que essa vem desvirtuando a proteção dos menores.

**Nesse sentido, a Ementa do projeto invoca que seja revogada "a Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), por considerar que tem propiciado o desvirtuamento do propósito protetivo da criança ou adolescente, submetendo-os a abusadores. "**

Sua revogação começou a ser discutida em 2017, em Comissão Parlamentar de Inquérito que tratava sobre maus-tratos em crianças e adolescentes. Desde então, produziram-se várias propostas pela modificação ou revogação da norma como a anteriormente citada.

Em fevereiro de 2020, a comissão de direitos humanos manifestou-se a respeito das tramitações sobre a alteração ou revogação da Lei, opinando que ao invés da revogação a alteração seria medida satisfativa para os interesses ali e futuramente discutidos, principalmente, no entendimento no que tange as falsas acusações.

Outro ponto de alteração, aborda a ampliação da responsabilidade dos Magistrados em casos concretos de alienação parental.

Identifica-se, pois, com o contrassenso que a Lei vem tendo, a importância de se corrigir as brechas que impossibilitam o uso correto e eficaz necessários para atingir o alvo de atuação almejado.

De tal modo, pode-se concluir que a Lei de alienação parental procura avançar no ordenamento jurídico brasileiro com a intenção de contemplar e beneficiar a todo o contexto familiar, com o fim de fazer triunfar o melhor interesse de cada menor.

#### **4.1 A mediação como perspectiva na resolução da alienação parental**

Quando se opta pela separação, os filhos podem ficar sob os cuidados de um dos genitores ou de ambos, como já explanado anteriormente.

Todavia, no contexto da prática da alienação parental, a procura de métodos de autocomposição, como a mediação, têm se mostrado um meio mais amistoso de cessar esse tipo de comportamento de um dos pais ou responsáveis.

É preciso que se tenha prévia intermediação do Judiciário para regulamentar os possíveis atritos que o fim do casamento possa trazer. Para isso, é importante que se mantenha um contato e um bom diálogo de modo que tais desgastes não respinguem nos filhos e, com isso, sejam desenvolvidos os aspectos de compreensão e cooperação necessários para a boa saúde emocional da criança.

A mediação em casos de alienação parental, tem como finalidade promover o diálogo e a reflexão por partes dos pais, e que com o auxílio do mediador se chegue a um consenso mais amigável em relação aos filhos após a dissolução do casamento.

A Lei nº 13.140/2015 dispõe em seu parágrafo único:



Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

O artigo 2º da Lei de mediação aborda acerca dos requisitos a serem seguidos no momento de uma sessão de mediação, sendo eles: A imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

Através da mediação, os pais são conduzidos pelo mediador a se atentarem para os direitos e interesses do filho, pois o menor é a figura passiva que possui maior fragilidade e pode vir a sofrer com várias consequências como as já citadas em tópico anterior.

CABRAL e BARBOSA (2015, p. 84) entendem que o “recurso fundamental de organização deste sistema familiar conflituoso e adoecido. A mediação poderá contribuir para a minimização dos conflitos e para proporcionar a convivência salutar entre os membros da família”.

Assim, a mediação familiar em casos de alienação vem a ser um mecanismo de grande validade no que tange a reflexão e possível cessação dos atos alienatórios por parte do genitor alienador.

ANDRADE (2006) abordou a mediação como um mecanismo eficaz em caso de conflitos de cunho alienatório mostrando que através desse recurso, se teve êxito, como nos casos que seguem:

Caso 1: A mãe ingressou com pedido judicial de restrição das visitas paternas, alegando que os contatos do pai traziam sofrimento emocional e físico à filha do casal, de 1 ano e 4 meses de idade. Por meio da mediação, foram abordados os temores e anseios da mãe, tendo emergido sua necessidade primordial de contar com o apoio e o amor do pai pela filha. Quanto ao pai, ele pôde reconhecer seu afeto e desejo pela filha, e, igualmente, assumir maiores compromissos (de presença e participação econômica) (ANDRADE, 2006, p. 33)

Caso 2: O pai pediu restrição de visitas da mãe aos filhos, e a mãe, concomitantemente, modificação de guarda dos filhos a seu favor. O relacionamento entre eles tornou-se inamistoso devido a um grande desentendimento havido no fim do

relacionamento conjugal. Muitas elaborações foram feitas por parte deles durante as sessões de mediação e, após a superação dos desentendimentos, observou-se a instauração de uma relação de respeito entre eles como pais, sendo a guarda dos filhos e o regime de visitas estabelecidas consensualmente (ANDRADE, 2006, p. 34).

Assim, a mediação favorecendo o diálogo, teve o resultado esperado, fortalecendo os laços da família e trazendo um contexto mais harmonioso entre os envolvidos.

Desse modo, a mediação mostra-se como uma prática que traz uma perspectiva positiva no âmbito da alienação parental, ao passo que, possibilita aos inseridos nesse contexto uma esperança em resolver o conflito de forma pacífica e célere, descartando a necessidade de traçar vias judiciais que possam vir a desgastar ainda mais as relações.

## **5. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, o escopo deste artigo foi analisar a Lei nº 12.318/10 que dispõe sobre a alienação parental, além da sua atuação no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que após o seu estudo, foi possível observar esse fenômeno demonstrando que a conduta alienatória infere de modo negativo na vida e no interesse do menor que ao atingir a vida adulta pode vir a sofrer com várias travas internas que podem dificultar sua vida emocional e sua capacidade de se relacionar.

É notável o caráter educativo da referida lei como seu principal benefício por demonstrar que a alienação não pode ser uma prática considerada como um comportamento normal após o divórcio, muito pelo contrário, deve ser interrompida assim que for identificada.

O caráter coercitivo possui a intenção de ser aplicado apenas em casos mais graves, pois a intenção é não ter que chegar a esse ponto, por isso são utilizados os inibidores de conduta e os meios alternativos de resolução de conflitos.

Considerando o exercício da alienação parental, foi identificado a série de prejuízos que ela pode trazer ao menor ou ao genitor alienado, e que por consequência, é imputado o dever do pagamento de multa ou restrições quanto ao convívio do genitor alienador com a criança.

Contudo, a referida prática pode ser inibida ou combatida através de medidas como a guarda compartilhada e a mediação de conflitos. O ordenamento jurídico ainda

tem buscado apoio na autocomposição com a finalidade de minimizar esse tipo de conflito em famílias e preservar a criança.

Assim, cumpre evidenciar que a Lei nº 12.318/2010 e o Estado, como um todo, têm por dever proteger o menor, mediante a aplicação de medidas de soluções de conflitos, como é caso da mediação, e os meios de inibição de conduta explanados pela própria lei, e que, como delineado, ainda precisam ser lapidados, a fim de que seus efeitos possam elevar o bem estar social das famílias e principalmente da criança na qual se vê inserida no contexto da alienação podendo ter seu futuro psicológico e intelectual comprometido.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cleide Rocha de. **A mediação de conflitos familiares na Justiça**: uma saída singular. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, n. 38, p. 33-34, out./nov. 2006.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **Revista do Advogado nº 112**. São Paulo: AASP, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **A modernidade líquida**. São Paulo: Zahar, 2012.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) > Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.431/2017**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm) > Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6515.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%202D%20A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20judicial,forma%20que%20esta%20Lei%20regula.&text=Il%20%2D%20pela%20nulidade%20ou%20anula%C3%A7%C3%A3o,IV%20%2D%20pelo%20div%C3%B3rcio.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm#:~:text=Art%201%C2%BA%202D%20A%20separa%C3%A7%C3%A3o%20judicial,forma%20que%20esta%20Lei%20regula.&text=Il%20%2D%20pela%20nulidade%20ou%20anula%C3%A7%C3%A3o,IV%20%2D%20pelo%20div%C3%B3rcio.) > Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm) > Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.058/2014**. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm) > Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Lei** n° **13.140/2015**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)> Acesso em 13 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 13 nov. 2020.

CABRAL, Ana Paula Costa; BARBOSA, Isabella Pedrosa. A mediação familiar como instrumento na busca pela solução da alienação parental. In: Neto Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andréia (Org.). **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial**. Recife: FBV/Devry, v.2, 2015.

CALAFIORI, Loyanne Verdussen de A. F.. **O valor jurídico do abandono paterno à luz do princípio da afetividade: o direito do lado esquerdo do peito**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50260/o-valor-juridico-do-abandono-paternal-a-luz-do-principio-da-afetividade-o-direito-do-lado-esquerdo-do-peito>> Acesso em: 16 de novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 17 nov 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/17007/alienacao-parental>> Acesso em: 17 nov 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23ª Edição. Ed. Saraiva. 2008, São Paulo. p. 23-24

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. **Síndrome de Alienação Parental**. Disponível em: <<http://www.priscilafonseca.com.br/?id=59&artigo=6>>. Acesso em: 12. nov. 2020.

GARDNER, Richard A. **Tendências recentes em litígios de divórcio e custódia**. Academy Forum, Volume 29, Number 2, Summer, 1985, p. 3-7. Disponível em: <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gardnr85.htm>>. Acesso em: 16 de novembro de 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais : a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra: comentários à Lei 13.058/2014**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015.

MORAES, Magali Aparecida Vieira de. **A Evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2014.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 16 Nov 2020.

PEREZ, E. L. **Breves comentários acerca da lei da alienação parental** (Lei 12.318/2010). In: DIAS, M. B. (Coord.) Incesto e alienação parental de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. TJ-SP – **Agravo de Instrumento nº: 4107017201 182 60000 SP 0041070-17.2011.8.26.0000**, Relator: Antonio Vilenilson. Data de Julgamento: 20/09/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70015224140**. Relatora: Maria Berenice Dias. Data: 12 jul. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil brasileiro: Direito de família**. 6ª Edição. Ed Atlas. São Paulo, 2006. p.2

NOTAS:

---

[1] Orientadora. Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Psicóloga - CRP 23/000346. Mestre em Psicologia – UFSC.

## **(IN)VIABILIDADE DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL**

**VANIA PEREIRA BORGES:** Pós Graduada em Finanças Empresarias pela Universidade Federal de Uberlândia. Bacharel em Administração de Empresas pela UFU/MG. Graduanda em Direito pela FASEC/TO

**LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO<sup>[1]</sup>**

(orientador)

**RESUMO:** O Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) é sempre lembrado em períodos de crise econômica, previsto na Constituição Federal de 1988, ainda não instituído, de competência da União, necessitando de uma lei complementar que o implemente e, uma vez promulgada, o novo imposto só poderá ser cobrado no ano seguinte a sua criação. Desse modo, ele não traria recursos imediatos. O imposto emergiu novamente devido a pandemia do novo coronavírus, o que gerou um aumento drástico no número de desempregados e diminuiu o potencial arrecadatório do Governo. Na gravidade do momento vivido pelo Brasil, torna-se necessário ampliar o financiamento de políticas públicas e reduzir o déficit primário, sendo fato relevante que há 32 anos nenhum governo se dispôs a instituí-lo. O presente artigo foi desenvolvido de acordo com a metodologia exploratória, sendo o universo da pesquisa a legislação vigente sobre o tema, tendo como base a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, Legislações Tributárias. Foram analisados nesse estudo os Países que instituíram tal imposto e os projetos de lei que tramitam no Senado visando a instituição do IGF no Brasil. A criação do IGF pode parecer atrativa, com viés de ser considerada uma medida justa, porém na prática tem se mostrado de difícil implantação e fiscalização, passando a representar mais custos do que benefícios. O estudo relata que os Países que o implantaram, não possuem um aumento significativo na sua arrecadação, corroborando com a sua não efetividade e não resolvendo os problemas de arrecadação do país, além da fuga de capital ocorrida. O Senado segue na contramão, com seus projetos de lei complementar tentando a implementação do imposto, esquecendo a evasão do patrimônio ocorrida nos países da OCDE e nem se lembrando que, mesmo sem o imposto, a fuga de capital para os paraísos fiscais já é um problema real no Brasil.

**Palavras-chave:** arrecadação; desvantagens; imposto sobre grandes fortunas; lei complementar; vantagens.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Sistema Tributário Nacional – 3. Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF) em outros Países – 4. Projetos Legislativos em Tramitação no Congresso Nacional – 5. Pontos Positivos e Negativos da Instituição do Imposto de Grandes Fortunas – 6. Considerações Finais – 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apresentar aspectos a respeito do Imposto sobre Grandes Fortunas e analisar se existe a viabilidade da instituição deste imposto no Brasil.

Inicialmente, o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) trata-se de um tributo previsto na Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB, mas ainda não instituído, sendo imposto de competência exclusiva da União conforme rege o artigo 153 da CRFB, sempre lembrado em tempos de crises econômicas, tendo por fato relevante que há 32 anos nenhum governo se dispôs a instituí-lo.

Projetos legislativos apontam para a resolução dessa lacuna, travando diversas discussões quanto aos pontos positivos e negativos da instituição deste tributo.

Corroborando com essa afirmação dois projetos de lei que visam a sua instituição, quais sejam, o Projeto de lei complementar (PLP 183/2019) e o Projeto de Lei do Senado 534/2011 - Complementar, todos de autoria do Senado Federal.

O tema é importante e poderia se justificar o estudo do IGF apenas pelo fato da carência de estudos, não pautado pela sua relevância, mas pela sua abstrativização, tendo em vista que o referido imposto não está concretizado, impossibilitando a verificação da sua interação com o sujeito passivo.

Ainda, justifica-se o estudo pela necessidade de se investigar os motivos pelos quais um imposto, previsto constitucionalmente, não foi instituído, sendo o Estado Brasileiro carente de recursos para dar vazão às enormes necessidades referentes às políticas públicas.

Desse modo, a problemática perseguida nesse trabalho foi no intuito de esclarecer o seguinte questionamento: Qual a viabilidade do imposto sobre grandes fortunas no Brasil?

Para esclarecer essa dúvida, quanto a viabilidade ou não do imposto, desenvolvemos esse trabalho em capítulos, partindo do funcionamento do sistema tributário constitucional até chegarmos aos pontos positivos e negativos da sua instituição.

No capítulo I foi abordado o sistema tributário nacional, perpassando sobre conceitos necessários para o entendimento da matéria, como tributos, impostos, sujeitos da relação tributaria e outros temas introdutórios.

No capítulo II apresentamos a existência e o funcionamento do imposto em outros países.

No capítulo III abordamos os projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional bem como matérias a respeito do assunto, no objetivo de coletar o maior número de informação quanto a instituição do imposto.

No capítulo IV apresentamos um levantamento quanto aos pontos positivos e negativos da instituição do imposto de grandes fortunas no Brasil.

Ao final, concluímos com a apresentação da opinião quanto a viabilidade ou não da instituição do imposto face ao balizamento dos pontos negativos e positivos bem como a análise das experiencias em outros países que instituíram tal imposto.

O presente trabalho foi desenvolvido de acordo com a metodologia exploratória, utilizando método de coleta de dados de pesquisa bibliográfica integrativa levantados através do acesso à rede mundial de computadores.

Sendo o universo da pesquisa a legislação vigente sobre o tema, tendo como base a Constituição Federal, o Código Tributário Nacional, Legislações Tributárias, bibliografia de autores renomados e artigos em sites especializados.

## **2. SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL**

O sistema tributário brasileiro trata, essencialmente, da arrecadação de recursos financeiros (tributos) para subsidiar suas atribuições e gerir a máquina pública do estado no que diz respeito aos serviços prestados à população, melhorar a infraestrutura das entidades governamentais, pagar servidores públicos, regular determinados setores da economia, evitar o domínio econômico, etc.

Os recursos arrecadados, em sua maioria, são provenientes de tributos, os quais são definidos no art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN, como sendo: “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, isto é, uma prestação, objeto da relação obrigacional tributária, em moeda corrente nacional, por imposição legal, não se confundindo com penalidade ou multa, previsto em lei, mediante a atuação do fisco.



No ordenamento jurídico brasileiro tributo é gênero do qual se divide em cinco espécies, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal: impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

As Taxas serão cobradas de acordo com o Art. 145, II "em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;"

Ainda, o art. 145, III e o art. 81 do CTN aduz que a cobrança de contribuição de melhoria decorre da valorização imobiliária decorrente de obras públicas.

Os empréstimos compulsórios têm previsão no art. 148 da CF:

A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, b.

**Parágrafo único.** A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

As contribuições especiais têm quatro diferentes espécies: I. Sociais; II. De interesse de categoria profissional ou econômica; III. De intervenção no domínio econômico; e IV. De custeio do serviço de iluminação pública.

O art. 149 e 149-A da CF faz referência as contribuições especiais:

**Art. 149.** Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

**§ 1º** Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

**Art. 149-A.** “Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.

**Parágrafo único.** É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

O objeto central deste artigo são os impostos, espécie de tributo que tem definição legal no art. 16 do CTN: “o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”, cuja característica principal está prevista no art. 145, III, § 1º da CF:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Via de regra, os impostos incidem sobre o patrimônio, a renda e o consumo, sempre que possível tem a ver com a capacidade contributiva, ou seja, quem tiver mais contribuirá com mais; não está ligado a uma contraprestação estatal, sendo que não é vinculado a algo que o governo oferece em troca. Eles podem ser federais, estaduais, municipais. A diferença entre impostos e taxas é que os impostos não estão exigem uma contraprestação do estado enquanto que as taxas estão atreladas a contraprestação do estado.

O Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) é um tributo previsto na Constituição Brasileira de 1988, mas ainda não instituído, não existindo jurisprudência a seu respeito.

Como dito, trata-se de um imposto federal de competência exclusiva da União conforme rege o artigo 153 da CF/88, sendo necessário uma lei complementar com a finalidade de traçar o perfil deste, podendo ser criado e alterado por lei ordinária obedecendo os termos da lei complementar.

### 3. IMPOSTO SOBRE GRANDES FORUNAS (IGF) EM OUTROS PAÍSES

Sendo que no Brasil o IGF não foi instituído, faz-se necessária a busca de informações em países onde o referido imposto foi implementado, buscando assim angariar subsídios para resolver a problemática central do trabalho.

Essas experiências foram trabalhadas por diversos autores, agregando-se pontos relevantes e, com isso, proporcionando uma profunda reflexão sobre o tema. Nessa quadra, passa-se a verificar algumas experiências quanto à taxaço das fortunas em outros países.

Segundo o artigo de BRAGA e PIRES (2020)[2] a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), fundada em 1961, cuja finalidade é estimular o progresso econômico e o comércio mundial, conta com 38 países membros. Destes, apenas 12 cobravam o IGF. Em 1990, quando esses países alcançaram crescimento e diminuíram a desigualdade, houve uma revogaço em massa na Áustria, Dinamarca, Alemanha, Países Baixos, Finlândia, Islândia, Luxemburgo, Suécia, Espanha, França, Noruega e Suíça. Após a crise de 2008, a Islândia e a Espanha reestabeleceram tal imposto como medida de consolidaço fiscal. Em 2017, apenas 4 países da OCDE cobravam o imposto, França, Noruega, Espanha e Suíça, o equivalente a 33,33% da amostra.

De acordo com FERNANDES (2017)[3] em 2017, a reforma do Imposto de Solidariedade sobre a fortuna (ISF) na França gerou polêmica, pois reacendeu o debate sobre taxar ou não os mais ricos, uma vez que o imposto é pago por 1% dos contribuintes representando 1,5% das receitas totais do estado, tendo como objetivo a redistribuiço por meio de benefícios sociais à população de baixa renda. As críticas ao ISF ocorrem por ele ser um imposto confiscatório e provocar a expatriaçao fiscal dos milionários, ou seja, a transferência do domicílio fiscal para outros países. Outro problema a ser destacado, é perda de capacidade de investimento devido à concorrência dos outros países, vistos como mais atraentes pelos milionários por não terem o ISF.

Segundo PEREIRA (2018)[4] na Suíça o imposto é cobrado localmente, como acontece com os tributos municipais no Brasil, variando de 0,1% a 0,94% para patrimônio acima de R\$224 milhões e representa 1,24% do PIB. Na Noruega a taxa é de 1% para patrimônio acima de R\$453 mil não incidindo imóveis e fundos de pensão, representando 0,4% do PIB. Na Espanha o imposto representa 0,2% do PIB.

Nessa mesma linha, BONINE (2020)[5] cita que politicamente o IGF pode parecer atrativo por sua suposta justiça tributária progressiva, mas na prática esse tributo representa mais custo do que benefícios, justamente pela perda de ativos decorrente da fuga de capital. Em estimativas do governo Francês, mais de 10 mil pessoas abandonaram a França nos últimos 15 anos, a fuga de capital totalizou a

retirada de €35 bilhões de ativos do país, a exemplo do ator Gerárd Dépardieu, que se naturalizou cidadão belga e, posteriormente, russo para escapar do fisco.

Na América Latina apenas 3 países cobram o IGF, são eles: Argentina (1972), Uruguai (1996) e Colômbia (2002).

Em um artigo BARRIA (2020)[6] compara a cobrança do imposto entre esses 3 Países. No Uruguai o IGF tem outra denominação, é chamado de Imposto Sobre Patrimônio, aplica-se a ativos menos dívidas, incluindo ativos como dinheiro em espécie, metais preciosos, veículos, imóveis, mobiliário e créditos para o contribuinte. A tributação varia de 0,4% a 0,7% para pessoas físicas e residentes e 0,7% a 1,5% os não residentes no país. As isenções incluem ativos no exterior, áreas florestais com certas características, títulos de dívida pública, ações da Corporação Nacional de Desenvolvimento e imóveis rurais afetados por propriedades Agrícolas.

Na Colômbia são tributados os ativos líquidos de pessoas físicas e jurídicas, calculado sobre o patrimônio bruto total menos as dívidas, incluindo bens no exterior, taxado a 1% os ativos líquidos acima de US\$1,5 milhão. A propriedade isenta é a primeira casa do contribuinte com valor aproximado de US\$140,5 mil.

Na Argentina o imposto se titula como Imposto Sobre Propriedades Pessoais e tributa o ativo bruto de pessoas físicas e jurídicas localizados no próprio país, incluindo imóveis, carros, notas (em peso e moeda estrangeira), contas bancárias, saldos de fundos comuns e outros investimentos não isentos, obras de arte, antiguidades, utensílios domésticos e bens no exterior. O imposto varia de 0,5% a 1,25% para ativos brutos no país e 0,7 e 2,25% para bens no exterior. São isentos a casa do contribuinte até o valor aproximado de US\$ 300 mil, os saldos a prazo e contas de poupança, os títulos de dívida emitidos pelo estado e os ativos intangíveis, como marcas e patentes.

Não obstante, GREGÓRIO (2020)[7] em seu blog cita que em 2010, um grupo de milionários patriotas, empreendedores do Vale do Silício, megainvestidores, fazem lobby para que o governo cobre mais tributos de gente como eles. O movimento força em 2019, quando bilionários assinaram uma carta aberta aos pré-candidatos exigindo uma taxa sobre as fortunas, ainda que moderada.

Segundo YOSHIDA (2020)[8] em uma pesquisa realizada aponta que 64% dos americanos acreditam que os mais ricos devem pagar mais impostos e revertido em benefícios sociais. A discussão se faz pela crescente desigualdade na distribuição da renda do país, segundo estudos 1% dos americanos detém 40% da riqueza, enquanto que 90% da população possuem 25%. Em 1980 era o inverso.

Dois pré-candidatos do Partido Democrata apresentam propostas para a criação do IGF. A Senadora Elizabeth Warrem sugere um imposto de 2% sobre fortunas superiores a US\$50 milhões e de 6% para quem tiver acima de US\$1 bilhão, estimativas que tal imposto atingiria 70 mil contribuintes. A senadora desistiu de concorrer a presidência.

Já a proposta do Senador Bernie Sanders propõe 8 faixas de alíquotas que afetaria 182 mil contribuintes. Em ambos os casos corresponde a menos de 0,1% da população americana. Em 1999, Donald Trump, então pré-candidato presencial pelo Partido Reformista, defendeu uma proposta mais ousada, sugerindo cobrar de uma única vez um imposto de 14,5% sobre a riqueza dos contribuintes que tivessem US\$10 milhões ou mais em ativos líquidos. O objetivo era levantar fundos para cobrir o déficit público de uma só vez. O próprio Trump engavetou o plano e desistiu da candidatura nesse ano.

Com base nos dados, tanto quantitativos quanto qualitativos, três pontos se tornam relevantes: a complexidade de gestão, a baixa arrecadação e a fuga de capitais.

A complexibilidade de gestão se verifica, conforme exposto, na necessidade de uma estrutura alargada para fiscalização e arrecadação do imposto. Interligação de bancos de dados, regulação, normatização, dentre outros podem chegar ao ponto em que a estrutura é mais dispendiosa do que o valor que é arrecadado.

Nessa linha, a baixa arrecadação é outro destaque, onde o montante qualitativo – pessoas que possuem grandes fortunas – é pouco, culminando em baixa arrecadação do imposto, fato que corrobora com as afirmações quanto à complexibilidade de gestão.

Por fim, como visto, a fuga de capitais – fuga das grandes fortunas de um país para outro – revela um “prejuízo” não só na área fiscal quanto na área econômica. A fortuna que sai do país deixa de gerar ativos, empregos, juros etc, impactando diretamente na economia numa conta simples, menos investimento gera menos empregos que gera menos consumo.

#### **4. PROJETOS LEGISLATIVOS EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL**

No tópico anterior foi apresentada a experiência com o imposto sobre grandes fortunas em outros países e como relatado no Brasil tem a previsão deste imposto, mas até então não foi instituído.

Nesse ponto, sempre que se necessita aumentar os recursos para dar vazão às despesas públicas o Estado socorre-se na tributação, seja aumentando os tributos existentes ou seja criando novos. A intenção de instituição do imposto sobre grandes

fortunas tem mais de 30 anos e se concretizou com a previsão do imposto na Constituição Federal de 1988.

Saindo do campo das intenções e indo para o campo da concretização, existem diversos projetos de lei tratando sobre o tema, segundo a Agência Senado (2020)[9] o IGF é tema de 4 projetos em tramitação no Senado. Dois deles foram apresentados após essa pandemia do Corona vírus cuja justificativa se deve à calamidade sanitária enfrentada pelo Brasil. Segundo as regras constitucionais, o IGF, previsto na Constituição Federal, de competência da União, precisa de uma lei complementar que o implemente, e uma vez promulgada, o novo imposto só poderá ser cobrado no ano seguinte a sua criação. Desse modo, ele não traria recursos imediatos.

O Projeto de Lei do Senado nº 315/2015[10] apresentado pelo Senador Paulo Paim o IGF se justifica pelo art. 3º da Constituição Federal cujo objetivo fundamental da República federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Para o cumprimento desse objetivo, o Estado deve dispor dos meios e instrumentos necessários, entre esses, o sistema tributário, devendo exigir uma maior contribuição dos mais afortunados, para que o Governo invista em ações sociais à população de baixa renda.

Por este projeto, no IGF será cobrado 1% das pessoas físicas ou de espólio, considerando todos os bens e direitos, móveis, imóveis, fungíveis e semoventes de brasileiros e estrangeiros com patrimônio no Brasil, subtraindo as dívidas e obrigações pecuniárias cujo valor seja superior a R\$50 milhões.

As isenções seriam o imóvel de residência, bens de uso doméstico e instrumentos para trabalho autônomo, objetos de tombados ou de utilidade pública, os gravados por reserva legal ou voluntária para fins de utilização social ou de preservação ambiental, os bens dados em usufruto a entidades culturais, educacionais, filantrópicas, religiosas e sindicais, os bens com uso interdito por posse, invasão ou esbulho possessório reconhecido por sentença judicial e os bens consumíveis. Sua vigência seria o ano seguinte à publicação da lei, com duração permanente.

No Projeto de Lei Complementar nº 183/2019[11] de autoria do Senador Plínio Valério a implementação do imposto seria uma forma de tentar amenizar a grave desigualdade econômico-social que historicamente assola o país e garantir que aqueles que ganham mais paguem mais, princípio da progressividade, que

representa o que há de mais moderno e justo em termos de distribuição da carga tributária.

A base de cálculo seria de 0,5% para patrimônios acima de 12 mil a 20mil vezes o limite da isenção do imposto de renda, 0,75% entre 20 mil a 70 mil e de 1% acima de 70 mil para pessoas físicas e espólios domiciliadas no Brasil, pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior, em relação ao patrimônio que detenham no país.

Para fins de incidência do IGF serão excluídos do cômputo do patrimônio líquido o imóvel de residência do contribuinte, até o limite de 20% (vinte por cento) do seu patrimônio; os instrumentos de trabalho utilizados pelo contribuinte em suas atividades profissionais, até o limite de 10% de seu patrimônio; os direitos de propriedade intelectual ou industrial, bens de pequeno valor. Sua vigência também seria o ano seguinte à publicação da lei, com duração permanente.

Já no Projeto de Lei Complementar nº 38/2020[12] do Senador Reguffe, a justificção se dá devido à crise sanitária e econômica que assolam o país e a perversa consequência do aumento exponencial do número de desempregados no Brasil. Urge que as pessoas detentoras de grandes fortunas possam dar sua cota de colaboração em momentos dramáticos como esse de “calamidade pública”. A alíquota seria 0,5% do patrimônio líquido que exceda a 50.000 salários mínimos, outros itens pendentes de regulamento.

O mais recente Projeto de Lei Complementar nº50/2020[13] da Senadora Eliziane Gama se justifica pela crise decorrente do novo coronavírus que exigirá muitos recursos para atender a população doente e acolher os desempregados. Se este tipo de tributação não é aconselhável em tempos normais, pelo risco de elisão e evasão, este não é mais o caso. Vivemos tempos atípicos, e é necessário tributar sim o estoque de patrimônio –na impossibilidade de tributar rendas, que caem com a pandemia. Esta não é apenas uma medida de fraternidade e de solidariedade, mas de justiça. Ele será temporário, o que pode diminuir o receio de fuga de capitais e resistências políticas. Escolhemos uma duração intuitiva: ele existirá enquanto existir o teto de gastos.

Neste projeto a alíquota seria de 0,5% entre 12 mil e 20 mil vezes o limite da isenção do IR, de 0,75% entre 20 mil e 70 mil e de 1% acima de 70 mil para moradores e seus espólios, proprietários de bens no Brasil e seus espólios. As mesmas alíquotas da PLP 183/2019 do Senador Plínio Valério.

A novidade fica por conta da previsão em seu artigo 2º de um empréstimo compulsório sobre grandes fortunas, com a mesma base de arrecadação do imposto de que trata esta Lei, com a natureza de tributo prevista no art. 148 da Constituição

Federal, para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, não se sujeitando à anterioridade anual, sendo cobrado já no exercício de 2020 e somente neste exercício, conforme o art. 150, III, b e § 1º da Constituição e restituível a partir de 2021.

Como visto, existe a discussão para a instituição efetiva do imposto sobre grandes fortunas no Brasil, no entanto, a tarefa não parece ser das mais fáceis. Com base nos projetos apresentados, verifica-se a dificuldade em delimitar os conceitos básicos do Tributo: fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo.

Não há um ponto de convergência entre as propostas, a não ser a vontade criadora do tributo. O ponto de partida, será verificar a experiência nos outros países de modo a evitar os pontos apresentados no capítulo anterior, quais sejam, a complexidade de gestão, a baixa arrecadação e a fuga de capitais.

## **5. PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA INSTITUIÇÃO DO IMPOSTO DE GRANDES FORTUNAS**

Como o exposto até aqui podemos verificar que existem pontos positivos e negativos do Imposto Sobre Grandes Fortunas.

Alguns autores defendem o lado positivo do imposto, que de fato seria a diminuição da desigualdade social, e sua redistribuição convertida em políticas públicas sociais como saúde e educação à população de baixa renda, principalmente em países mais pobres. Imposto com potencial arrecadatório por aumentar o pagamento de impostos daqueles que estão no topo da pirâmide. Trata-se de uma satisfação à sociedade, uma percepção de “justiça social”.

Em que pese o ponto positivo, BARRIA (2020)[14] afirma, tratar-se de um imposto difícil de implementação e nem sempre pode ser detectado, é muito difícil valorar uma empresa, assim como detectar obras de arte, joias, etc. Outra problemática seria a colaboração internacional, ou seja, o intercâmbio das informações fiscais e financeiras entre os países a fim de garantir sua eficácia. A riqueza acumulada é mais difícil de ser calculada, há muitas maneiras de evitá-la. E a maior crítica seria que o IGF pode causar consequências negativas, como a evasão de divisas, refletindo em menos investimentos e menos empregos, afugentando a riqueza do país.

Para PEREIRA (2018)[15] as pessoas acabam percebendo que é muito trabalho para pouco resultado. O extrato superior de riqueza tem muito poder político e, mesmo quando o imposto é colocado, eles conseguem isentar itens de riqueza e acabam se isentando do imposto. Segundo ele “O discurso é bonito, mas a



efetividade desse imposto não é real. As distorções ocorrem porque o rico não vai pagar imposto. Eu sei que isso revolta as pessoas, mas esse cara tem uma série de estruturas para tentar sair da alçada desse imposto”.

Na mesma linha, BITTENCOUT (2019)[16] em seu artigo relata que em um relatório da receita Federal, observou-se que os mais ricos possuem mais isenções e pagam, proporcionalmente, menos IR que os demais.

As considerações apontadas merecem atenção, trata-se de assunto controverso, pois se de um lado temos a “justiça social” do outro temos um desestímulo para aquisição de patrimônio fazendo com que as pessoas comecem a investir sua renda em aplicações ou evadindo divisas e conhecendo nossos políticos, com certeza, eles conseguiram isentar aqueles mais ricos.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O IGF é sempre lembrado em períodos de crise econômica, imposto esse que emergiu novamente devido a pandemia do novo coronavírus, aumentando drasticamente o número de desempregados e em contrapartida diminuindo o potencial arrecadatório do Governo. Na gravidade do momento vivido pelo Brasil, torna-se necessário ampliar o financiamento de políticas públicas e reduzir o déficit primário voltando à tona a discussão sobre o imposto.

A criação do IGF, pode parecer atrativo, com viés de ser considerada uma medida justa, porém na prática tem se mostrado de difícil implantação e fiscalização, passando a representar mais custos do que benefícios. Nos Países da OCDE, Suíça, Espanha, Noruega, França, que o implantaram, sua arrecadação não representa um aumento significativo, variando de 0,1 a 1% do valor total do PIB, corroborando com a sua não efetividade e não resolvendo os problemas de arrecadação do país, além da fuga de capital ocorrida. Tanto que 66,66% dos países da OCDE que o implantaram decidiram por sua revogação. Na prática trata-se de um imposto de baixa arrecadação e com alta evasão de divisas e perda da capacidade de investimento.

Pode não ser viável se tributar um patrimônio que está investido, gerando crescimento econômico e empregos, essa foi análise extraída, sendo que três pontos se tornam relevantes: a complexidade de gestão, a baixa arrecadação e a fuga de capitais.

O ministro da economia, Paulo Guedes, nem cogitou a criação do IGF na reforma tributária apresentada, apenas unificou dois impostos federais, o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e a Contribuição sobre o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), estes seriam extintos, dando lugar à Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS), com alíquota única de 12% , onerando até mesmo os produtos da cesta básica,

o que ao meu ver afetaria muito mais a população de baixa renda. Ele prefere criar um imposto sobre movimentações financeiras do que regulamentar o IGF e correr o risco de afugentar grandes fortunas do Brasil.

Ainda sobre os projetos de lei, verificou-se a dificuldade em delimitar os conceitos básicos do Tributo: fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo, fora o fato de que não há um ponto de convergência entre as propostas, a não ser a vontade criadora do tributo, sendo necessário evitar as experiências em outros países para evitar a complexidade de gestão, a baixa arrecadação e a fuga de capitais.

Dos projetos de lei que tramitam no senado, o único que prevê o empréstimo compulsório é o da Senadora Eliziane Gama, todos os outros tem uma semelhança entre si. O Senado segue na contramão, esquecendo a evasão do patrimônio ocorrida nos países da OCDE e nem se lembra que, mesmo sem o imposto, a fuga de capital para os paraísos fiscais já é um problema real no Brasil.

A arrecadação proporcionalmente pequena do IGF, não possui representatividade em relação ao PIB dos países que o instituíram, o imposto tem baixo potencial arrecadatório e elevado custo de arrecadação, enquanto que os impostos sobre a renda têm uma alta arrecadação, seria mais razoável aumentar a arrecadação sobre a renda do que criar uma lei complementar que o institua.

## 7. REFERÊNCIAS

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

\_\_\_\_\_. **Código de Tributário Nacional**. Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966.

**BARRIA**, Cecília. A experiência de 3 países da América Latina que cobram imposto sobre riqueza. **BBC Brasil**, 26/01/2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51189259> > Acesso em: 01/08/2020.

**BITTENCOURT**, Jackson. Desafios do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF). **Monitor Mercantil**, 19/11/2019. Disponível em: <<https://monitormercantil.com.br/desafios-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-igf>> Acesso em: 06/08/2020.

**BOLINI**, André. Imposto sobre grandes Fortunas: solução ou devaneio? **Exame**, 22/04/2020. Disponível em: <<https://exame.com/blog/instituto-millenium/imposto-sobre-grandes-fortunas-solucao-ou-devaneio/>> Acesso em: 01/08/2020.

**BRAGA**, João Pedro Loureiro. Experiência internacional do Imposto sobre Grandes Fortunas na OCDE. **Observatório Fiscal**, 17/04/2020. Disponível em:

<<https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/experiencia-internacional-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-na-ocde>> Acesso em: 01/08/2020.

**GREGÓRIO**, Rafael. Nos EUA, bilionários fazem lobby para pagar mais impostos; conheça alguns deles. **Valor Investe**, 18/03/2020. Disponível em: <<https://valorinveste.globo.com/blogs/rafael-gregorio/noticia/2020/03/18/nos-eua-bilionarios-fazem-lobby-para-pagar-mais-impostos-conheca-alguns-deles.ghtml>> Acesso em: 01/08/2020.

**FERNANDES**, Daniela. Reforma do imposto sobre fortuna na França reacende debate sobre taxaço dos mais ricos. **BBC Brasil**, 16/10/2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41617305>> Acesso em: 01/08/2020.

**GAMA**, Eliziane. Projeto de Lei Complementar nº 50, de 2020. **Senado Federal**, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8078140&ts=1595205604363&disposition=inline>> Acesso em: 05/08/2020.

**PAIM**, Paulo. Projeto de Lei do Senado nº 315, de 2015 (Complementar). **Senado Federal**, 27/05/2015. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4612222&ts=1593913950358&disposition=inline>> Acesso em: 05/08/2020.

**PEREIRA**, Vinícius. Cobrar imposto de grandes fortunas dá resultado? Veja casos pelo mundo. **UOL**, 16/03/2018. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/03/16/imposto-sobre-fortunas-ricos-milionarios-distribuicao-de-renda.htm>> Acesso em: 01/08/2020.

**PLINIO**, Valério. Projeto de Lei Complementar nº 183, de 2019. **Senado Federal**, 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7985029&ts=1594008350492&disposition=inline>> Acesso em: 05/08/2020.

**REGUFFE**, José Antonio Machado. Projeto de Lei Complementar nº 38, de 2020. **Senado Federal**, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076784&ts=1594020657548&disposition=inline>> Acesso em: 05/08/2020.

Senado debate quatro propostas de imposto sobre grandes fortunas. **Senado Federal**, 27/03/2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/27/senado-debate-quatro-propostas-de-imposto-sobre-grandes-fortunas>> Acesso em: 01/08/2020.

**YOSHIDA**, Ernesto. Imposto sobre fortunas: mais fácil falar do que fazer. **Exame**, 15/01/2020. Disponível em: <<https://exame.com/economia/imposto-sobre-fortunas-mais-facil-falar-do-que-fazer/>> Acesso em: 01/08/2020.

NOTAS:

[1] Luiz Rodrigues de Araújo Filho, Possui Graduação em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins (2007), Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (2009) e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013). Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor MS-1 Mestre da Faculdade Serra do Carmo e Universidade Estadual do Tocantins.

[2] <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/experiencia-internacional-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-na-ocde>

[3] <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41617305>

[4] <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2018/03/16/imposto-sobre-fortunas-ricos-milionarios-distribuicao-de-renda.htm>

[5] <https://exame.com/blog/instituto-millennium/imposto-sobre-grandes-fortunas-solucao-ou-devaneio/>

[6] <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51189259>

[7] <https://valorinveste.globo.com/blogs/rafael-gregorio/noticia/2020/03/18/nos-eua-bilionarios-fazem-lobby-para-pagar-mais-impostos-conheca-alguns-deles.ghtml>

[8] <https://exame.com/economia/imposto-sobre-fortunas-mais-facil-falar-do-que-fazer/>

[9] <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/27/senado-debate-quatro-propostas-de-imposto-sobre-grandes-fortunas>

[10] <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4612222&ts=1593913950358&disposition=inline>

[11] <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7985029&ts=1594008350492&disposition=inline>

[12] <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076784&ts=1594020657548&disposition=inline>

[13] <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8078140&ts=1595205604363&disposition=inline>

[14] Op.cit.

[15] Op.cit.

[16] <https://monitormercantil.com.br/desafios-do-imposto-sobre-grandes-fortunas-igf>

## PARADGMAS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

**BIANCA DE BRITO SILVA DA COSTA:**

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

**ERIVAN ALVES DE SOUSA [1]**

(coautor)

**WIRNA MARIA ALVES DA SILVA [2]**

(orientador)

**RESUMO:** O presente estudo tem como escopo trazer o estudo sobre o direito ao esquecimento à luz da Carta Magna vigente, cuja questão norteadora vincula-se ao paradigma e a forma de como tal direito se relaciona ao e os efeitos para as partes envolvidas em razão da tutela jurídica atual. A justificativa para a delimitação do tema em comento verifica-se quando e como tais mecanismos de memória tendem a ser considerada uma violação ao direito à intimidade humana, tendo, pois, caráter iminentemente crítico e acautelatório. Tal fundamentação do direito ao esquecimento tem como base a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, disciplinadas no dispositivo da nossa Constituição Federal/88, especialmente no que diz o artigo art. 5º, inc. x. Para isso, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo por base fontes de apoio bibliográfico como livros, artigos e julgados da doutrina pátria e considerações gerais.

**Palavras-chave** direito ao esquecimento, Constituição Federal, dignidade da pessoa humana.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO. 2.1 Estados Unidos. 2.2 Europa. 2.3 Brasil. 3 DIREITO AO ESQUECIMENTO Á LUZ DO ART. 5º, INC X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 4 ESTUDO DE CASO Á LUZ DE CRITERIOS JURUSPRUDENCIA. 4.1 Recursos Especial nº 1.334.097- RJ- Caso Chacina da Candelária. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar como surgiu o Direito ao Esquecimento e de que forma ele vem sendo aplicado na sociedade hodierna. Embora ele não seja constitucionalizado, a sua aplicação tem como parâmetro um princípio fundamental que é o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este, um princípio norteador do direito. O Direito ao Esquecimento consiste em não deixar

que fatos pretéritos possam repercutir e atingir sua vida pregressa, causando danos a honra, imagem, intimidade e sua vida privada. Dessa forma, colabora para que fatos que aconteceram no passado sejam esquecidos pela sociedade, afim de que não possa corroborar em danos irreparáveis (MENDES, 2007).

O direito ao esquecimento, assunto pouco versado no Brasil, entrou em pauta de uma forma mais categórica após a edição do Enunciado de número 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF). Com a sua edição, o direito esquecimento, decorrente do direito da personalidade e intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana e considerado como o direito do ser humano não ser lembrado eternamente por ato praticado no passado ou por situações constrangedoras, ganhou de vez destaque.

É cediço que no mundo contemporâneo vive a era da informação. Fatos praticados num momento podem se propagar por meios das redes e mídias sociais ou meios de comunicação de uma forma inesperada; não importa a época do fato, seja ele sucedido no presente ou no passado; fatos atuais e fatos já esquecidos podem ser resgatados e inseridos na vida cotidiana com apenas um clique.

O direito ao esquecimento consistiria, a priori, na faculdade que o indivíduo tem de afastar ou não permitir que um acontecimento ou uma informação ocorrida em tempo pretérito seja exposto na atualidade de forma ilimitada, ampla e geral, sem qualquer controle sobre os dados pessoais. Esse direito, que deve ser considerado como princípio, pois embora não seja positivado, pode ser extraído de princípios constitucionais ligados à privacidade, à imagem e à honra, e especialmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido o presente artigo tem como tema: Direito ao Esquecimento á luz do art. 5º, inc. x, da Constituição Federal. Neste contexto o trabalho faz uma análise sobre o direito ao esquecimento que pode também se relacionar com alguns direitos fundamentais, como o direito à informação, à liberdade de expressão e de imprensa. Observa-se, desta forma, que a materialização desse direito entra em conflito com outros valores igualmente acolhidos pela Constituição Federal de 1988, tem-se, de um lado o direito ao esquecimento, como um direito da personalidade, decorrente dos direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade, e de outro, a liberdade de imprensa, como projeção das liberdades de informação e de manifestação do pensamento.

O principal problema abordado nesse estudo é: de que forma o direito ao esquecimento se relaciona com art. 5º, inc. x, da Constituição Federal?

Deste modo, partindo de seu objetivo geral, o exposto artigo tem o sentido de trazer o estudo sobre o direito ao esquecimento relacionado com a luz do art. 5º, Inc. X da constituição brasileira. Neste ponto, para obter este propósito central, foram traçados alguns objetivos específicos, o que importa destacar que neste estudo buscou-se: reconhecer a importância da história do direito ao esquecimento no mundo; identificar o conceito de direito ao esquecimento; reconhecer a importância dos princípios constitucionais dos quais derivam o direito ao conhecimento: a dignidade, honra, imagem, vida privada e intimidade, bem como a liberdade de expressão, de imprensa, memória e verdade, que se contrapõem a esse direito.

A justificativa para a delimitação do tema em comento, verifica-se quando e como tais mecanismos de memória tendem a ser considerados uma violação ao direito à intimidade humana, tendo, pois, caráter iminente crítico e acutelatório.

Tal fundamentação do direito ao esquecimento tem como base a cláusula de abertura material dos direitos e garantias fundamentais, disciplinadas no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal da República Brasileira. Para isso, foi utilizado o método hipotético-dedutivo e qualitativo, tendo por base fontes de apoio bibliográfico como livros, artigos e julgados.

## **2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Para compreender como o direito ao esquecimento é entendido internacionalmente, vamos focar, neste trabalho, nas duas principais vertentes, que são opostas entre si e influenciam as orientações de outros países, entre elas a do Brasil: a vertente dos Estados Unidos e a da União Europeia.

### **2.1 Estados Unidos**

Historicamente, os Estados Unidos desenvolveram uma doutrina baseada na liberdade de expressão, o que impõe fortes restrições a qualquer pretensão de limitar a divulgação de um conteúdo. Para que se considere essa possibilidade, exige-se uma análise extremamente rigorosa para aferição de sua constitucionalidade, conhecida como *strict scrutiny*. (EHRHARDT JÚNIOR; NUNES; PORTO, 2017).

Essa avaliação de constitucionalidade tem como base a exigência de neutralidade e o princípio anticensura da igualdade. Dentro desse contexto, o reconhecimento ao direito ao esquecimento é incompatível com a doutrina de liberdade de expressão norte-americana, pois configuraria a possibilidade de restrição ao conteúdo de um discurso, o que vai de encontro às regras e critérios do *strict scrutiny*. O Estado – e o Poder Judiciário – não podem discriminar discursos



em razão do ponto de vista do discursante nem dos assuntos da discussão, sendo vedado a ele, deste modo, pautar a agenda do debate público (MALDONADO, 2017).

Há que se considerar que o mesmo rigor não se aplica na avaliação da constitucionalidade de regulação de tempo, lugar ou modo de discurso, já que nesses casos não se trata de conteúdo do discurso. Ou seja, é viável, por exemplo, restringir um discurso ao se estabelecer um limite de horário ou de decibéis para a sua realização, com fundamento no direito de vizinhança, mas seria inconstitucional impedir debates políticos em um parque público, pois tratar-se-ia de uma discriminação do Estado em razão do conteúdo do discurso (MELO, 2017).

A proteção norte-americana à liberdade de expressão é ainda mais intensa quando se trata da discriminação de opiniões. A ideia é que, se há tempo para o debate, não deve-se restringir nenhum tipo de discurso, mesmo que propague ideias ruins ou falsas, pois a própria discussão tratará de expor e expurgar as opiniões perigosas (MELO, 2017).

A jurisprudência norte-americana traz a possibilidade de restrição de divulgação de discursos em duas hipóteses muito limitadas: no caso de difamação ou de defesa da privacidade. Por isso, o direito ao esquecimento não seria compatível com essa orientação, já que se trata de (i) - limitar a veiculação de informações com base no conteúdo do discurso, coibindo reportagens, por exemplo, e (ii) - visa restringir a circulação de informação, também, sobre fatos verdadeiros e sob domínio público (MALDONADO, 2017).

A análise do *strict scrutiny* baseia-se na forma de definição do domínio de proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos que é feita por exclusão, ou seja, separam-se os casos em que as restrições à liberdade de expressão são legítimas - como já mencionado, os casos de difamação e invasão de privacidade. No caso da difamação, exige-se, para se constatar a possibilidade de restrição do conteúdo, a divulgação de um fato falso que ofenda a reputação de alguém. Se não preencher esses requisitos, ou seja, se não se tratar de um fato; se a informação for verdadeira; ou se não prejudicar gravemente a estima do ofendido (não se trata de causar um mero desconforto), a restrição ao discurso não se aplica (LIMA, 2013).

Em diversos casos analisados pela Suprema Corte, a proteção à privacidade restou afastada, uma vez que os fatos já haviam sido divulgados pela imprensa. Considerou-se que (i) se os jornais obtiveram legalmente informações sobre questões de interesse público e (ii) se essas informações já estavam sob domínio público, não caberia ao Estado constitucionalmente restringir sua divulgação ou punir seus divulgadores, não apenas por conta da proteção à liberdade de expressão, mas também por serem medidas sem utilidade. "Em resumo: em matéria de informações

sensíveis, a solução adequada é intervir para evitar o acesso a esses fatos” (MELO, 2017).

Um exemplo dessa afirmação é o Wikileaks, uma organização sem fins lucrativos fundada pelo jornalista Julian Assange que, em 2010, vazou informações secretas sobre operações militares do governo norte-americano. Antes desse episódio, o Wikileaks já havia vazado informações sobre lavagem de dinheiro e evasão fiscal praticadas pelos dirigentes do banco Julius Baer. “O banco conseguiu uma liminar com um juiz federal da Califórnia para retirar do ar todo o site do Wikileaks. O resultado concreto foi a multiplicação do conteúdo em centenas de outros sites hospedados ao redor de todo o planeta” (MALDONADO, 2017).

A ineficácia da ordem judicial (que acabou sendo revogada), o governo norte-americano, frente ao vazamento das informações militares, buscou medidas contra Assange, mas nem ao menos chegou a tentar obter uma ordem de remoção do conteúdo veiculado ilicitamente. A jurisprudência dos Estados Unidos reconhece a ineficiência de se tentar restringir a divulgação de informações públicas, ainda mais em tempos de internet, mesmo que se trate de defesa da privacidade, de obtenção ilícita de dados ou de matéria de segurança nacional (CABRERA, 2016).

Outro exemplo que ilustra esse fato é o da cantora norte-americana Barbra Streisand, que, em 2007, foi à Justiça pedir a remoção de uma foto feita pelo fotógrafo Kenneth Adelman de sua casa, em Malibu. Por conta da repercussão do caso, a foto, que antes tinha pouquíssimos acessos na internet, recebeu centenas de milhares de visualizações em poucos dias. O fenômeno é conhecido como Efeito Barbra Streisand. Cabe mencionar que, no ordenamento norte-americano, há, ainda, o Communications Decency Act (CDA) que, em seu artigo 230, dispõe que os provedores de serviços, como o Google, não são responsáveis pelo conteúdo publicado nas redes sociais pelos usuários. O terceiro capítulo deste estudo aprofundará a questão dos buscadores em relação a esse tema (LIMA, 2013).

Portanto, o direito ao esquecimento, por abranger a restrição à divulgação de fatos não apenas verdadeiros, mas também daqueles cuja tentativa de supressão é inócua, não encontra encaixe na jurisprudência norte-americana. Ainda assim, é importante ressaltar que, no Estado da Califórnia, passou a vigorar, a partir de 2015, a “Lei Delete”, que permite exclusivamente a crianças e adolescentes apagarem conteúdos considerados constrangedores publicados por eles na internet. O entendimento é que erros cometidos por pessoas quando eram menores de idade não podem prejudicar a futura vida pessoal e profissional (MALDONADO, 2017).

## **2.2 Europa**

O entendimento sobre direito ao esquecimento que predomina na Europa é bastante divergente daquele dos Estados Unidos. Uma alteração nas normas de proteção de dados pessoais da União Europeia, feita em 2016, estabeleceu a nova Regulação da Proteção de Dados -Data Protection Regulation -C-131/1240, que prevê o direito de qualquer pessoa excluir da rede virtual informações referentes à sua vida privada que não sejam mais relevantes, após o transcurso do tempo: "*The objective of this new set of rules is to give citizens back control over of their personal data, and to simplify the regulatory environment for business*" (LIMA, 2013).

A nova regulação entrou em vigor no dia 24 de maio de 2016, mas os Estados-membros da União Europeia têm até o dia 6 de maio de 2018 para transpor as normas para suas respectivas legislações nacionais. Há que se apontar que a regulação de 2016 não trouxe diretrizes fundamentalmente novas. A regulação anterior referente a proteção de dados, de 1995, já previa, em seu artigo 12, o direito do usuário de retificar ou apagar dados privados do acesso ao público uma vez que este não seja mais necessário(LIMA, 2013, p.89):

Art. 12. Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:b ) Consoante o caso, a rectificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexacto desses dados; c ) A notificação aos terceiros a quem os dados tenham sido comunicados de qualquer rectificação, apagamento ou bloqueio efectuado nos termos da alínea b), salvo se isso for comprovadamente impossível ou implicar um esforço desproporcionado.

A regulação de 2016 veio, portanto, trazer uma modernização das normas relativas à proteção de dados para além do direito ao esquecimento - por exemplo, sobre portabilidade de dados e notificações de violação de dados -, considerando os novos tempos de uma rede virtual internacional conectada permanentemente (LIMA, 2013).

As mudanças tiveram início a partir de um caso de 2010, em que um cidadão espanhol apresentou uma queixa na Agência de Proteção de Dados contra um jornal da Espanha, o Google Espanha e o Google Inc, solicitando a remoção de informações pessoais disponíveis na rede. Ele afirmou que dados relativos a uma notificação de leilão de sua casa, que já havia sido recuperada há vários anos, eram encontrados em pesquisas feitas no Google, e isso violava seu direito de privacidade, já que todos os procedimentos estavam resolvidos e a referência era, portanto, irrelevante (CABRERA, 2016).

O tribunal espanhol submeteu o caso ao Tribunal de Justiça da União Europeia, questionando se as normas de proteção de dados de 1995 aplicavam-se a mecanismos de busca como o Google; se a legislação da União Europeia aplicava-se ao Google Espanha, considerando que o processamento de dados da empresa estava nos Estados Unidos; e se um indivíduo teria o direito de solicitar a remoção da acessibilidade de seus dados pessoais por meio de um mecanismo de busca (CABRERA, 2016).

### **2.3 Brasil**

No Brasil, a discussão acerca do direito ao esquecimento só ganhou força recentemente 2013, quando o Superior Tribunal de Justiça julgou os casos paradigmáticos da “Chacina da Candelária” e “Aída Curi”, (EHRHARDT JÚNIOR, NUNES, PORTO, 2017; LIMA, 2013).

Em março de 2013, foi aprovada, na VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado nº 531, que buscou incluir o direito ao esquecimento como consectário do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamentado na possibilidade de debater o modo como esses fatos pretéritos são lembrados e o fim dessa recordação (EHRHARDT JÚNIOR, NUNES, PORTO, 2017; LIMA, 2013).

Em seguida, com a edição do enunciado, o Superior Tribunal de Justiça deparou-se com dois casos concretos, os quais invocavam o instituto. O primeiro deles se referia ao caso Aída Curi, assassinada no Rio de Janeiro em 1958, cuja família propôs uma ação indenizatória em face da TV Globo, visto que a emissora em seu programa lembrou os detalhes da tragédia, causando um sofrimento para a família da vítima. O segundo caso refere-se à Chacina da Candelária, em que o sujeito absolvido do crime ingressou com uma ação de reparação de danos em face da mesma emissora, em razão da recordação do episódio no programa Linha Direta (EHRHARDT JÚNIOR, NUNES, PORTO, 2017).

Anote-se que em ambos os casos estamos diante da projeção dos direitos da personalidade, associado à imagem, à privacidade e à intimidade, em face do direito de informação e da liberdade de imprensa (EHRHARDT JÚNIOR, NUNES, PORTO, 2017).

Nesse sentido, o direito de ser esquecido entra em conflito com as liberdades de informação e de imprensa, previstas no art. 5º, incisos XIV e IX, e no art. 220 da Constituição Federal. Por exemplo, nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi, citados anteriormente, é possível perceber esse conflito. Assim, na colisão entre as liberdades comunicativas e o direito à intimidade, o Superior Tribunal de

Justiça reconheceu, em ambos os casos, o direito ao esquecimento (EHRHARDT JÚNIOR, NUNES, PORTO, 2017).

### **3 DIREITO AO ESQUECIMENTO Á LUZ DO ART. 5º, INC. X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Conforme Tercio Ferraz Júnior, “Tempo” e “Direito” são fenômenos interligados, com uma relação inerente entre si, de maneira o direito atribui valoração à passagem do tempo, quanto este interfere na exteriorização do Direito. Senão, afirma o autor que “o tempo, para o ser humano, seria o mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida” (FERRAZ JUNIOR, 2005, p. 265).

Percebe-se que o direito possui normas que estabilizam o passado e conferem uma antevisão do futuro, tais como a prescrição, a decadência, o perdão, a anistia, a irretroatividade da lei, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Neste sentido, o nosso ordenamento, garante a possibilidade de limitar a ação desses institutos a fim de possibilitar uma maior segurança jurídica nas relações sociais. Neste viés, de limitar a ação de determinados institutos, que surge o direito ao esquecimento, a fim de limitar a disponibilidade das informações acerca do indivíduo, apresentando-se assim, como uma forma de ponderar a desenfreada exposição da pessoa na sociedade da informação.

Nesse sentido o direito ao esquecimento manifesta-se como a capacidade que a pessoa tem de controlar a utilização que é dada as informações que dizem respeito a sua vida privada, não permitindo que um fato passado possa ser utilizado de forma ilimitada, eterna e geral.

O direito ao esquecimento tem origem na expressão norte-americanos *therighttobeletalone* (direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só) ou, em países de língua espanhola, conhecido como de *derechoal olvido* (direito a ser esquecido), sua concepção tem-se como direito de não ser lembrado por fatos inoportunos, constrangedores ou vexatórios.

E teve sua primeira aplicabilidade no direito penal a fim de ressocializar os autores de atos delituosos que já pagaram por seus crimes ou foram inocentados, e tiveram suas vidas pessoais expostas em eventos desfavoráveis que não convém serem lembrados contra sua vontade.

O direito ao esquecimento se baseia no fato de que as pessoas ou seus familiares não precisam conviver *ad eternum* com a exposição desproporcional de fatos ou erros que lhe causam algum tipo de sofrimento, transtorno ou dano mesmo que essas informações sejam verídicas e positivas, independente de terem interesse

público ou não, caso este seja o desejo do seu titular. Esta proteção não se limita somente a informações ou fatos sigilosos, diferente disso, devem ser protegidos todas as informações que causem o despertar da memória.

Destarte, fatos extensivamente divulgados no pretérito, mas sem nenhuma contemporaneidade, deverão ser protegidos pelo direito ao esquecimento impedindo que esses fatos trouxessem à tona dores inesquecíveis e reabram feridas já superadas com o tempo.

Vive-se, no século XXI, a era da hiperinformação, onde aconteceu um desenvolvimento grandioso da internet e a expansão da comunicação social atrelada ao surgimento das redes sociais e do avanço das tecnologias de acesso às massas, possibilitando uma cultura globalizada na qual se percebe a celeridade com que as informações sobre os mais diversos assuntos são disseminados.

A partir disso, podemos observar que não existe mais espaço entre a esfera privada e pública, e que diversos meios de comunicação, em um exorbitante abuso midiático, estão preocupados somente em obter um maior lucro, encharcando o espaço público com questões estritamente privadas, invadindo, muitas vezes, a intimidade contra a própria vontade do titular.

Schreiber, sobre a celeridade de informações na internet:

A internet não esquece. Ao contrário dos jornais e revistas de outrora, cujas edições antigas se perdiam com o tempo, sujeitas ao desgaste do seu suporte físico, as informações que circulam ali permanecem indefinidamente. Pior: dados pretéritos vêm a tona com a mesma clareza dos dados mais recentes, criando um delicado conflito no campo do direito. De um lado, é certo que o público tem direito de lembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha o direito de apagar fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja prosseguida, ao longo de toda sua vida por ele, por um acontecimento pretérito (SCHREIBER, 2013, p. 170).

O direito ao esquecimento, no entanto, não se pleiteia a imposição de apagar fatos pretéritos, cancela-los ou reescrevê-los, mas sim protegê-los, para preservar a paz e a privacidade que a pessoa almeja. Possibilitando controlar o uso que se faz de fatos pretéritos, o modo e a finalidade com que tais fatos serão lembrados, impossibilitando que canais midiáticos se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas.

Vale ressaltar que o direito ao esquecimento não se limita ao meio virtual, são evidentes as relações entre o direito ao esquecimento com outros conceitos como honra e reputação - que são frequentemente invocados ao se afirmar a existência deste direito – a demonstrar que eles vêm sendo estendidos para outras áreas. Assim, veículos de informação como jornais, revistas, televisão e rádio, não podem disseminar informações e fatos constrangedores ou não, ocorridos no passado, que de alguma forma violem os direitos da personalidade.

Dessa forma, Martinez esclarece a tutela desse direito:

Nesse ambiente, surge o direito ao esquecimento, que, em linhas gerais, pode ser caracterizado como uma esfera de proteção, uma redoma, que permitiria que uma pessoa não autorizasse a divulgação de um fato que lhe diga respeito, ainda que verdadeiro, por causar-lhe sofrimento ou algum transtorno, levando-se em consideração a utilidade e a data da ocorrência em que a informação objeto da proteção foi realizada. A ideia de esquecimento está diretamente ligada ao pensamento de superação do passado, de redenção, possibilitando que um sujeito não tenha o seu direito à privacidade, à intimidade, ao nome, à honra, atingido por fatos já então consolidados pelo tempo (MARTINEZ, 2014, p.57-58).

Como resultado, o direito ao esquecimento tem como conceito principal a pretensão de certas pessoas, de que alguns fatos ou informações, principalmente aqueles ligados ao seu direito da personalidade, não sejam mais disseminados, impossibilitando ou dificultando o acesso por parte de terceiros, a fim de proporcionar um esquecimento no corpo social. Portanto trata-se de um esquecimento que visa atingir a sociedade da informação, um esquecimento social. Não obstante, essa ideia não pode ser dissociada de um esquecimento individual, pois o indivíduo pode até se lembrar do ocorrido, mas prefere que ele cesse da repercussão social.

Seja qual for a maneira, o direito ao esquecimento terá por objetivo a proteção de dados do pretérito, de uma lembrança inadequada de fatos antigos e consolidados que não tenham mais nenhuma utilidade ou qualquer atualidade. Contudo, havendo, qualquer tipo de interesse público e não interesse do público, ou utilidade na divulgação, ou mesmo se o fato pertencer ao presente, o direito ao esquecimento não se prevalecerá, pois, neste caso será dada preferência ao já consagrado princípio do interesse público sobre o privado.

Dito isso, Pablo Martinez coloca que:

A despeito da diferenciação do direito ao esquecimento na esfera pública (memória social) e na esfera privada (aspecto privado), o que se busca com as comissões da verdade é justamente conhecer, saber, assimilar a informação, para então obter um fechamento, a superação, o esquecimento. Assim, utilizando-se como paralelo a linguagem processual civil, o objeto imediato dos movimentos de memória social é lembrar, saber, mas seu objeto mediato é justamente esquecer (MARTINEZ, 2014, p. 79).

No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade foi instituída através da Lei 12.528/11, com o objetivo de promover a efetivação do direito à memória e à verdade histórica a fim de consolidar o regime democrático e cicatrizar as feridas ainda abertas pelo regime ditatorial.

Isto posta fica claro que o Direito de ser esquecido surge como um instituto eminentemente privatista, não sendo aplicado a eventos com grande relevância na história, guardando apenas relação com a plena efetivação da Dignidade da Pessoa Humana por meio do reconhecimento da existência de proteção jurídica ao passado de cada um, que vem se afirmando como um novo direito de personalidade. Coadunando com esse entendimento, René Ariel Dotti conceituou o direito ao esquecimento como “a faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico a proteção a vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, dá imagem e dos outros dados referentes à personalidade.” (DOTTI, 1998, p.130).

## **4 ESTUDO DE CASOS A LUZ DE CRITERIOS JURISPRUDENCIA**

### **4.1 RECURSO ESPECIAL nº 1.334.097-RJ – CASO CHACINA DA CANDELÁRIA**

A tese do direito ao esquecimento ou direito de ser deixado em paz teve sua primeira aplicação no ordenamento jurídico brasileiro em meados do ano de 2013, quando a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, por decisão da maioria aplicou-o a um caso que ficou bastante conhecido no país e que também foi bastante noticiado nos meios de comunicação, o caso da chacina da Candelária.

O Direito ao Esquecimento foi aplicado no caso, sobre tudo, baseado no enunciado 531 da CJF, bem como no princípio da dignidade humana, disciplinado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.



A ação retrata o caso que ocorreu em 23 de julho de 1993, no estado do Rio de Janeiro, onde mais de cinquenta pessoas, entre elas muitas crianças e adolescentes, foram vítimas de um ataque policial que ocorreu em uma madrugada enquanto dormiam próximos a igreja da Candelária. Durante o ataque, seis menores de idade e dois moradores de rua, infelizmente, vieram a falecer.

O caso tinha como principal ponto a discussão da existência ou não do dever de indenizar da Globo Comunicações e Participações S/A para com um dos acusados da chacina na Candelária, o policial Jurandir Gomes da Silva. Tal possível indenização estava relacionada a vinculação de uma matéria no programa linha direta que fez uma simulação dos fatos ocorridos na noite do crime, simulação está que trazia todos os dados dos envolvidos, inclusive imagens do mesmo e que fora ao ar anos depois do ocorrido.

O Autor da presente ação sustentava em sua inicial que a simulação do crime por um programa de transmissão nacional, maculou sua imagem e sua honra, bem como prejudicou seu processo de ressocialização, vez que mesmo tendo sido julgado e processado por um crime que mais tarde fora inocentado, sua imagem estaria sempre sendo atrelada a esse fato criminoso, caso ele não caísse em esquecimento social. O Autor queria então, assegurar o seu direito de ser deixado em paz, bem como o direito de não continuar sendo punido por um crime que nem mesmo fora autor, já que com a veiculação periódica desse fato, ele estaria submetido a uma infinita punição social, vejamos:

Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado (STJ, 2013, vol. 232 p. 391).

Por outro lado, a empresa Globo de Comunicações afirmou não ter agido com dolo de causa qualquer tipo de dano ao Autor e a sua imagem na medida em que retrataram apenas todos os fatos ocorrido no crime, fatos estes que já tinham se tornados públicos a época, afirmou ainda que no final da simulação deixou bem clara a inocência do investigado, que foi mais uma vítima do sistema judiciário falho do país.

A globo sustentou ainda que o dever de indenizar o Autor era inexistente já que ela não teria cometido nenhum ato ilícito, vez que antes mesmo da veiculação do programa os fatos noticiados já eram públicos e toda a sociedade já havia tomado conhecimento, não havendo assim invasão da privacidade ou da intimidade do autor. Logo conclui assim a emissora que, o direito ao esquecimento requerido pelo Autor, seria uma forma de atentar contra a liberdade de expressão e o direito de imprensa, pois causaria a perda da memória de fatos da sociedade e conseqüentemente da história nacional.

O ministro Luiz Felipe Salomão, ao julgar o caso constatou que de fato existia uma colisão entre o direito à informação e a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento:

Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual, mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados (STJ, 2013, vol.232, p.391).

O que fica claro no trecho citado acima é que, devido a atual sociedade da „hiperinformação“, está cada vez mais difícil separar o que é público e o que é privado. Então fatos que estão relacionados unicamente com a privacidade de alguém acabam sendo expostos a toda coletividade como se fosse algo normal e que tal exposição não pudesse representar nenhum tipo de abalo na vida da vítima, e que se por acaso causasse tal abalo, ele logo seria superado, afinal as informações instantâneas da qual estamos submetidos está transformando a vida das pessoas em um verdadeiro teatro, como citado acima, dedicado a diversões ligeiras.

O ministro Felipe Salomão destaca na sua sentença que:

“Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. **Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.** Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores” (STJ, 2013, vol.232, p.391).

Logo ele quis destacar que, muito embora a liberdade de imprensa seja um dos pilares da democracia de um país, este direito deve ser exercido com responsabilidade e bastante cuidado para não ferir a dignidade da pessoa humana, diante disso não pode ser um direito absoluto, pois deve ser limitada por regras e princípios norteadores fundados na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e os demais valores das pessoas e da família, previstos no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, vejamos:

“No conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos” (STJ, 2013, vol.232, p.391).

Em se tratando do caso em tese, os pedidos do autor foram julgados improcedentes em primeiro grau, porém foram acolhidos em sede de apelação. Em sede de embargos infringentes manteve-se o acórdão de apelação. A Rede Globo de

telecomunicações recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde a decisão foi mantida, estabelecendo o pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) ao autor da Ação, Jurandir Gomes da França. A decisão foi mantida com base na tese do direito ao esquecimento. É importante destacar o seguinte fundamento da decisão:

“E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável.<sup>18</sup> No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado - com muita razão - um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito (STJ, 2013, vol.232, p.391).

O voto condutor da presente decisão está baseado, sobretudo, na tese do direito ao esquecimento, reconhecendo tal direito diante do critério de não existir necessidade em retratar fatos pretéritos contra a vontade do autor, o que superaria o direito da liberdade de expressão, vez que o direito a paz, a privacidade e a segurança do autor da ação foram imensamente prejudicados pela reportagem reproduzida pela Rede Globo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da exposição do presente trabalho, a construção dos direitos do esquecimento se dá desde a antiguidade, contudo, dado o caráter de mudança na sociedade e o dever do direito em se adaptar à novas realidades, surge a necessidade de modificar e acrescentar novas normas a fim de proteger novos direitos em uma nova sociedade.

O direito ao esquecimento surge como um instrumento de tutela daquele indivíduo que se depara, com a disseminação de fatos ou informações privadas, pretéritas, com a ausência de qualquer contemporaneidade e de interesse público que justifiquem a sua reiterada transmissão. O direito ao esquecimento ou direito de ser deixado em paz é a possibilidade que dispõe o indivíduo de não mais querer que tais fatos ou informações de sua vida privada ligadas ao passado sejam rememorados dificultando de realizar um novo começo ou mesmo refazer a própria história.

A partir disso, viu-se o surgimento da colisão entre os direitos fundamentais: de um lado a liberdade de expressão, de informação e de imprensa, preceitos de cunho constitucional, natural de uma sociedade hodierna e globalizada, os quais não podem se sujeitar a nenhuma forma de censura e, de outro, o direito ao esquecimento, decorrente dos direitos de personalidade, em decorrência do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.

## REFERENCIAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF. Senado Federal, 2002. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nós, representantes do  
povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um  
Estado

Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais. **Diário  
Oficial da**

**União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1334097/RJ**. Relator: Ministro  
Luís Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 22 mar. 2011.

Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=>

ATC&sequencial=29381336&num\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&for

mato=PDF>. Acesso em: 10 set 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1335153/RJ**. (2011/00574280).

Relator Sr. Ministro Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 24 jun. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/me>

diado/?componente=ITA&sequencial=1332221&num\_registro=201100574280&data=20140

801&formato=PDF>. Acesso em: 10 Out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 267529/RJ**. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Salomão – Quarta Turma. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 03 out.

2000. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000718092&dt_publicacao=18/12/2000)

000718092&dt\_publicacao=18/12/2000>. Acesso: 10 Out 2020.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e

limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tércio. Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. In. **Revista do**

**Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 3. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica

Jurídica, 2005.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao esquecimento**. 1º.ed.São Paulo: Novo Século,2017.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao Esquecimento**: a proteção da memória

individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MELO, Auricélia do Nascimento. Liberdade de expressão: um direito fundamental na concretização da democracia. Fortaleza: Premius, 2017.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. **Sítio eletrônico Memória Globo** – Programa Linha

Direta Justiça. Disponível em:  
<<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/progra>

mas-jornalisticos/linha-direta-justica/formato.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. **Sítio eletrônico Memória Globo – Programa Linha**

**Direta.** Disponível em:  
<<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/programasjornalisticos/linha-direta.htm>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SCHREIBER, **Anderson. Direito e mídia.** São Paulo: Atlas, 2013.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* erivanj7@gmail.com

[2] Orientadora. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFA, Mestra em Direito Internacional Tributário e Econômico pela Universidade Católica de Brasília – UCB. *E-mail:* wirnam@hotmail.com

## **O ERRO JUDICIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – A CORRELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA RESSARCIBILIDADE INTEGRAL E DA SOLIDARIEDADE**

**DANIEL CARVALHO OLIVEIRA:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Analista Judiciário do TRT da 9ª Região

**RESUMO:** O artigo tem por intuito demonstrar as hipóteses de ocorrência de erro judicial e a utilização dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade enquanto fundamentos aptos a ensejar a responsabilização civil.

**Palavras-chave:** Erro Judicial. Princípio da Ressarcibilidade Integral. Princípio da Solidariedade. Responsabilidade Civil.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do conceito de erro judicial; 3. Hipóteses de ocorrência do erro judicial; 4. Dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil do Estado por erro judicial; 5. Conclusão e 6. Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo versará sobre as hipóteses de ocorrência de erro judicial e a utilização dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade enquanto fundamentos da responsabilidade civil. Ao final, será feita uma análise sobre como tais princípios podem ser utilizados para a caracterização da responsabilidade civil do Estado nos casos de erro judicial.

O artigo foi dividido em três capítulos. O primeiro dispõe a respeito do conceito de erro judicial. No segundo e terceiro capítulos se examinará, respectivamente, as hipóteses de ocorrência de erro judicial e os princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamentos da responsabilidade civil do Estado por erro judicial.

A fim de alcançar o objetivo científico proposto, o artigo terá como parâmetro um estudo descritivo aliado à revisão bibliográfica. Por meio de proposições enunciativas específicas, de análise da legislação e de pesquisas bibliográficas, pretende-se chegar a uma conclusão sobre o tema.

### **2. Do conceito de erro judicial**

Ao tratar do tema concernente ao erro judicial, a primeira indagação que surge é qual seria o significado do aludido termo, deste modo, necessário se faz,



preliminarmente, uma averiguação semântica sobre o que é o erro judicial, noção essa fulcral para a própria delimitação do objeto de estudo.

A palavra erro em sentido genérico significa, entre outras acepções, um julgamento em desacordo com a realidade, um engano, qualidade daquilo que é inexato, incorreto. De conseguinte, haverá no erro um afastamento do que é real, verdadeiro, o que prejudica, desta feita, o ato de julgar, a manifestação de vontade de um indivíduo ou ainda a veracidade de uma constatação feita.

Ao seu turno, o erro judicial é um vício no processo de formação da vontade do magistrado na tomada de decisões no decorrer processo, ocasionado por uma noção falsa, inverídica ou imperfeita, podendo os citados erros ser de dois tipos: de fato e de direito (LACERDA, 2001, p. 55).

No primeiro deles, o pronunciamento incorreto proferido pelo magistrado decorre de uma análise falha dos elementos fático-probatórios existentes nos autos, o que resultaria numa decisão dissonante da realidade.

Poder-se-ia citar, à guisa de exemplo, a hipótese de ficar demonstrado pelas provas inequívocas existentes num dado processo que a vítima foi ferida em decorrência de uma pedra arremessada por uma pessoa X e no comando sentencial haver a condenação da pessoa Y que sequer se encontrava na cidade no dia do malsinado episódio.

No segundo tipo, por sua vez, a incorreção se refere à análise da norma jurídica a ser aplicada no caso em litígio. Diante disso, há uma errônea aplicação da norma jurídica, seja pelo desconhecimento técnico do julgador, seja pela interpretação indevida dada a determinado preceito legal. Ocorre, tal hipótese, *verbi gratia*, quando o magistrado aplica ao caso concreto uma lei que já foi ab-rogada.

### 3. Hipóteses de ocorrência de erro judicial

O erro judicial poderá ocorrer em virtude dos atos do magistrado definidos no art. 203 do Código de Processo Civil: despachos, decisões interlocutórias e sentenças. Preceitua o aludido artigo, *in verbis*:

Art. 203. [...]

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução

§ 2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.

§ 3º São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte. *(grifo aditado)*

Resguardadas as críticas à fórmula simplista e, para alguns autores, defeituosa conferida pelo legislador ao texto legal, certo é que ficou de fácil identificação as hipóteses em que se estará diante de cada um dos atos proferidos pelo juiz.

Não obstante a maior incidência de incorreções na sentença - a qual, em regra, é o ato do magistrado de maior complexidade -, qualquer decisão do juiz é passível de imperfeições, tendo em vista a própria falibilidade humana, e, por conseguinte, são capazes de causar eventual dano à vítima.

As liminares deferidas em processo, por exemplo, são decisões interlocutórias, deste modo, passíveis de erro judicial, e, embora não sejam uma sentença, poderão ocasionar danos tão graves quanto os decorrentes desta última.

Importante ressaltar, entretanto, que somente as decisões proferidas em processo de jurisdição contenciosa se enquadraram nas hipóteses de erro judicial. Isso porque na jurisdição voluntária o magistrado exerce uma função atípica, apenas administrativa, na qual haverá, via regra, uma mera homologação de uma situação fática, desvinculada, assim, de suas atribuições típicas relacionadas à prestação jurisdicional.

O citado erro judicial, de acordo com o já declinado anteriormente, será de fato ou de direito, ou seja, tanto consiste em uma errônea análise de fatos pelo juiz, como também em uma utilização incorreta da norma jurídica, e poderá ocorrer em qualquer momento processual, dando ensejo à eventual indenização em decorrência de danos causados por atos eivados de vício.

Quanto aos retromencionados erros de fato e de direito surge uma série de dúvidas sobre a possibilidade de indenização no caso em que da decisão incorretamente prolatada ainda caiba recurso. Temem, renomados doutrinadores, o incentivo à indústria do dano, isto é, um incentivo a que a vítima do ato judicial deixe de recorrer com o propósito único de obter uma indenização por parte do Estado.

Conforme se verá adiante, tal temor doutrinário e jurisprudencial, não se mostra consentâneo com a evolução da responsabilidade civil e seu estágio atual, tempo este em que existem variadas formas de se deter demandas frívolas e frear o

ímpeto usurário - e porque não dizer malicioso - em se utilizar de expedientes reprováveis visando o lucro fácil.

#### **4. Dos princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade como fundamento da responsabilidade civil do Estado por erro judicial**

No decorrer dos séculos XIX e XX, o desenvolvimento da responsabilidade civil, em linhas gerais, circunscreveu-se a uma mudança de enfoque das regras de proteção aos sujeitos participantes dos eventos danosos.

Em princípio, havia uma proteção maior dos ordenamentos jurídicos ao autor da lesão, visto que a vítima teria que comprovar a configuração do ato culposos, o nexo causal e ainda o dano sofrido, não havendo outra possibilidade de a pessoa lesada obter o ressarcimento pelo dano suportado.

Essa proteção se mostrava excessiva, sobretudo quando envolvia atividades econômicas das quais decorria o dano ao particular ou na hipótese em que o Estado fosse o autor do ato lesivo.

Isso se devia à dificuldade frequente que existia em demonstrar os requisitos clássicos da responsabilidade civil, era uma prova diabólica para a vítima, esta que se via, muitas vezes, irressarcida pelo dano sofrido dada a impossibilidade de provar seu direito.

Com o transcorrer do tempo, entretanto, a citada concepção tradicional paulatinamente foi mudada pelo legislador que aos poucos passava a admitir por meio de normas jurídicas algumas hipóteses em que a culpa seria presumida e casos em que sequer era necessário se perquirir a ilicitude do ato, uma vez haveria uma responsabilidade civil objetiva do agente lesante.

Inolvidável também a importância da doutrina e da jurisprudência para que fosse possível a supracitada mudança de enfoque, porquanto elas, antes mesmo da atuação do legislador, já admitiam a utilização da presunção da culpa em determinados casos e flexibilizavam a comprovação dos elementos essenciais caracterizadores da responsabilização civil.

Depreende-se, desse modo, que a vítima se tornou progressivamente mais protegida pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, obtinha, numa frequência maior, o ressarcimento da lesão sofrida em virtude da diminuição da carga probatória suportada por ela.

À medida que houve a indigitada mudança de perspectiva, dando maior importância ao indivíduo lesado, o princípio da ressarcibilidade integral mostrou-se

cada vez mais evidente, visto que a regra passava a ser a reparação do dano suportado, e, para que isso ocorresse, foi necessário um afastamento, em alguns aspectos, da doutrina tradicional referente à responsabilidade civil.

Foi nesse contexto que se desenvolveu toda a sistemática da responsabilidade objetiva, em que o nexo causal e o dano, juntamente com a conduta do agente, bastariam para ser possível a indenizabilidade da lesão sofrida.

Houve várias teorias com o fito de legitimar a aplicação da responsabilidade objetiva em detrimento da subjetiva no transcorrer do próprio desenvolvimento daquela. A primeira destas foi a teoria do risco-proveito.

Ela preleciona que o responsável civil seria aquele que auferisse proveito da atividade danosa desenvolvida, pois quem recebe os bônus desta deveria também arcar com os ônus derivados da mesma atividade, entre eles, o ressarcimento dos danos causados (CAVALIERI FILHO, 2006, p.156).

Um dos inconvenientes da aludida teoria é a subjetividade inerente à conceituação de proveito, porquanto é volúvel seu significado a depender do interlocutor que a utilize. Além disso, não há uma definição de qual espécie de proveito justificaria a utilização da teoria, se seria apenas econômico ou qualquer proveito de ordem pessoal.

Outra crítica feita à teoria do risco-proveito é o retorno, mesmo que sem intenção, à regra da responsabilidade subjetiva, uma vez que teria a vítima que comprovar o proveito antes de ser favorecida pelas benesses do seu uso.

Uma segunda teoria que surgiu no transcorrer do desenvolvimento da responsabilidade objetiva foi a do risco profissional. Segundo ela o dever de indenizar nasceria do prejuízo causado em consequência da atividade profissional desenvolvida pela vítima.

Sua utilização tinha como base as relações de trabalho e a necessidade de reparação dos danos surgidos em virtude dos acidentes ocorridos no desempenho, por parte do empregado, das suas atividades profissionais.

A grande quantidade de acidentes, em sua grande maioria derivados das próprias condições de trabalho oferecidas pelo empregador, serviu como justificativa para a aplicação da aludida teoria, pois os empregados muitas vezes, após se acidentarem, viam-se diante de situações em que, não obstante a lesão sofrida, não obtinham êxito em comprovar que a atividade engendrada pelo seu empregador ocasionou o acidente de trabalho.

Conforme se pode vislumbrar, houve um avanço relevante no campo da responsabilidade objetiva com a aplicação da teoria do risco profissional, mesmo que esta tenha se adstrito às relações laborais.

A indigitada teoria foi de especial serventia, outrossim, como precursora para a extensão do manto da responsabilidade objetiva sobre outras áreas estranhas às relações de trabalho, mas que se assemelhavam a ela em decorrência da vulnerabilidade da vítima diante do agente lesante.

A teoria do risco excepcional, conforme se depreende da sua própria denominação, sustenta que a responsabilização objetiva teria vez sempre que a lesão decorresse de atividade estranha à desenvolvida comumente pela vítima, ou seja, haveria riscos que não seriam inerentes aos atos praticados de maneira cotidiana pelos membros da sociedade e, por isso, justificariam um maior grau de responsabilidade do autor do dano.

Seriam casos excepcionais, como, por exemplo, a lesão decorrente de exploração de energia nuclear e material radioativo. Por conseguinte, diante do risco singular resultante dessas atividades, deveria haver uma responsabilidade maior dos agentes, os quais responderiam objetivamente pelos danos ocasionados.

A teoria do risco integral, ao seu turno, defende a responsabilização do autor da lesão independentemente da existência das excludentes de responsabilidade, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior. Para ela, comprovado o dano, existiria o dever de indenizar.

Caso seja aplicada indefinidamente a aludida teoria em todas as atividades engendradas pelos seres humanos, o resultado seria a própria paralisação das atividades desenvolvidas em sociedade, uma vez que o dever de indenizar fugiria ao controle dos indivíduos, os quais arcariam com o ônus de reparar lesões estranhas a qualquer ato seu, em virtude da impossibilidade de invocar em seu favor as excludentes de responsabilidade.

Em face dessa constatação, somente em casos excepcionais como, *exempli gratia*, nas relações inerentes ao meio ambiente e ao uso de energia nuclear, é que acolhe o ordenamento jurídico brasileiro a supracitada teoria, haja vista o grande potencial danoso das atividades desenvolvidas nessas áreas.

Por derradeiro, de singular importância a teoria do risco criado, a qual preleciona que, havendo risco em decorrência de atividade ou profissão desenvolvida, existirá o dever de indenizar o dano causado, ressalvadas as hipóteses em que o lesante comprove que não agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

Distingue-se tal teoria da correspondente ao risco-proveito, pois não se perquire a existência ou não do proveito, basta o desenvolvimento de atividade pelo particular para que este responda pelos danos derivados dela.

A teoria do risco criado, pelo menos em sua aceção inicial, da mesma forma que a teoria do risco-proveito, apegou-se ainda à ideia de culpa, uma vez que comprovada a inexistência dela pelo demandado seria incabível qualquer indenização.

Assim, haveria em verdade uma inversão do ônus da prova, o que, *data maxima venia*, não está em plena conformidade com as hodiernas teorias da responsabilidade objetiva.

De outro giro, em uma perspectiva moderna da teoria do risco criado, a comprovação pelo lesante da inexistência de culpa sua, não afasta o dever de indenizar. Somente as excludentes de responsabilidade - culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior - possuiriam essa prerrogativa.

Isso porque ninguém, segundo os seguidores dessa teoria, pode arcar com os danos causados por um terceiro e as respectivas atividades desenvolvidas por este. Logo, o autor do dano deve responder por ele em decorrência da mera atividade empenhada independentemente de qualquer dolo ou culpa da sua parte.

O enfoque a ser utilizado para a caracterização da responsabilidade civil, portanto, está na atividade desempenhada e não mais nos sujeitos participantes de uma determinada relação jurídica.

Além disso, privilegia-se a proteção maior à vítima e se dá um realce maior ao princípio da segurança jurídica, visto que fica delineado de maneira clara o caminho que levará a vítima até a indenização, prescindindo, na maioria dos casos, da utilização das provas diabólicas e, conseqüentemente, aumentando a probabilidade de êxito do indivíduo lesado em ver ressarcido o dano sofrido.

Na responsabilização do Estado pelos seus atos, entretentes, além das diretrizes ligadas à ressarcibilidade integral do dano, tem assaz relevância o princípio da solidariedade.

O aludido princípio, no que concerne à responsabilidade civil do Estado, relaciona-se à ideia de que a atividade estatal é desenvolvida por meio do patrocínio dos cidadãos através dos tributos pagos, ou seja, todos arcariam com as despesas do Estado e, em contrapartida, este proporcionaria a organização de toda a

sociedade e o seu bem estar, com oferecimento de diversos serviços como educação, saúde, segurança, entre outros.

Em virtude da sua atuação incisiva em diversas áreas e diante do próprio poder que possui, além dos atributos de seus atos - como a auto-executoriedade e a imperatividade - por si só a atividade estatal já se mostra potencialmente de risco, passível de provocar eventuais danos aos particulares.

Dessa forma, razoável que o Estado responda pelas lesões causadas por ele, as quais serão indiretamente suportadas pelos cidadãos, pois são estes que sustentam todo o aparato estatal através dos tributos.

A atividade jurisdicional, estatal que é, também está jungida à responsabilização do Estado pelos danos provenientes dela, tendo em vista os já preceituados princípios da ressarcibilidade integral e da solidariedade.

Não há, portanto, motivo para isentá-la da reparação de lesões decorrentes dos atos proferidos, vez que, assim como nas demais atividades estatais, suas ações são potencialmente danosas, em virtude do risco que as circunscreve.

Válido, assim, ressaltar o preceituado por John Henry Merryman, *apud* Mauro Cappelletti, no que tange à ligação umbilical entre poder e responsabilidade que incide sobre o Estado e seus atos, *litteris*:

Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De conseqüência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme maior ou menor poder dos juízes em questão (MERRYMAN, 1987 *apud* CAPPELLETTI, 1989, p.18).

Nesse toar, a função atribuída pelo Estado ao magistrado a fim de viabilizar a prestação jurisdicional é acompanhada por uma responsabilidade do próprio Estado em face dos danos eventualmente causados pelas decisões judiciais, com supedâneo no art. 37, § 6º, do Texto Magno atual.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, pode-se afirmar que, em que pese a gama de condutas proferidas pelos magistrados que possam dar azo a erros, é qualificável como *erro judicial* somente aquele que se refere a um pronunciamento incorreto proferido pelo magistrado decorrente de uma análise falha dos elementos fático-probatórios

existentes nos autos ou mesmo à análise incorreta do dispositivo legal a ser aplicado no caso concreto. Ainda, sob um viés restritivo, somente as decisões proferidas em processo de jurisdição contenciosa se enquadraram nas hipóteses de erro judicial, haja vista que ao atuar em jurisdição voluntária, o magistrado exerce função atípica.

Após perfazer uma breve evolução histórica dos meandros da responsabilidade civil, viu-se que a matéria passou a conferir maior enfoque à vítima, isentando-a do dever probatório em situações nas quais isto se mostrava desvantajoso, o que deu azo ao surgimento da Teoria Objetiva. Sob essa mesma perspectiva, veio à lume a moderna da teoria do risco criado, segundo a qual a comprovação pelo lesante da inexistência de culpa sua, não afasta o dever de indenizar.

Por fim, analisando a matéria sob o prisma dos entes estatais, tem-se que em virtude da sua atuação incisiva em diversas áreas e diante do próprio poder que possui, além dos atributos de seus atos - como a auto-executoriedade e a imperatividade - por si só a atividade estatal já se mostra potencialmente de risco, passível de provocar eventuais danos aos particulares.

Em linha de arremate, concluiu-se que não há motivo para afastar da atividade jurisdicional o dever de indenizar, uma vez que a função atribuída pelo Estado ao magistrado a fim de viabilizar a prestação jurisdicional é acompanhada por uma responsabilidade do próprio Estado em face dos danos eventualmente causados pelas decisões judiciais, com supedâneo no art. 37, § 6º, do Texto Magno atual.

## 7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **O juiz**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1966.

BRASIL, Código Civil. Organizador Yussef Said Cahali, 10. ed. Rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHAVES, Pablo Holmes. **A responsabilidade civil do Estado por erro na prestação jurisdicional**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível



em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2114>>. Acesso em: 07 jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LACERDA, Manoel Cunha. **Erro judicial- Dever Constitucional de indenização**. Mato Grosso do Sul: OAB-MS, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. atual. Atualizada até a EC nº 53/06. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. a atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

## **OS ALCANÇES DA MULTIPARENTALIDADE SOCIOAFETIVA NO DIREITO SUCESSÓRIO**

**FERNANDA COSTA BESERRA:**

Acadêmica do Curso de Direito do Centro  
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

**CAROLINA IMPERES ARAÚJO [1]**

(coautora)

ME. ERIKA NOBRE VILLAR [2]

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por determinação analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade ressaltando os seus efeitos sucessórios, tendo como objetivos específicos realizar apontamentos sobre os conceitos referentes ao tema em comento. Para que isto fosse possível foi pesquisado e analisado todas as decisões judiciais acerca do tema. Partindo deste ponto conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa de método dedutivo com procedimento bibliográfico foi possível perceber diante da evolução histórica do Instituto da Família, do afeto, para posteriormente passar a adentrar no parentesco socioafetivo e a presença da multiparentalidade perante a sociedade atual, enfatizando os efeitos sucessórios. Diante disso, o presente artigo irá ainda analisar a menção da posição dos doutrinadores brasileiros e decisões judiciais que compõem o atual entendimento dos Tribunais Regionais na fundamentação e posicionamento adotado no tema da presente pesquisa, verificando ainda a ausência de impeditivos legais para dessa forma fique claro o reconhecimento de todos os direitos e deveres ao filho multiparental com foco no direito sucessório.

**Palavras-chave:** Filhos, Reconhecimento, Multiparentalidade socioafetiva, Efeitos sucessórios, Paternidade.

**Sumário:** 1.Introdução. 2. Família: Conceito E Princípios Norteadores. 2.1 Análise Conceitual Da Família E Princípios Norteadores. 2.2 formação Do Parentesco Consanguíneo E o Reconhecimento Do Vinculo Parental. 3. Da Filiação Socioafetiva: Tutela Jurídica. 3.1 conceito E Origem. 3.2 filiação Socioafetiva E A Posse De Estado De Filho. 4 Multiparentalidade E Seus Alcances No Direito Sucessório. 4.1 incidência E Reconhecimento Da Multiparentalidade. 4.2 Da Sucessão Do Descendentes E Ascendentes. 4.3 Alcances E Limites (Casos Julgados). 5. Conclusão. 6. Referências

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente estudo trata sobre a multiparentalidade e seus efeitos no Direito Sucessório que fala justamente dessa nova visão, o qual traz discussões na sociedade a respeito da adoção e inclusão de pais socioafetivos à vida da criança ou do adolescente.

Dessa forma no decorrer deste estudo serão discutidos julgados, posições doutrinárias que mencionam sobre seus alcances e limites no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se tema de grande relevância no âmbito jurídico, buscando no código civil brasileiro, especificamente, no campo do direito de família, em conjunto com o direito sucessório.

Assim, faz-se necessário que a sociedade possa conhecer mais sobre a matéria, pois muitos ainda não conhecem os requisitos para que se possa reconhecer via judicial a multiparentalidade socioafetiva, como também os seus requisitos, o que vem a ser necessário nos termos da lei para um possível reconhecimento gerando efeitos ao direito sucessório?

Ora, inicialmente trata-se do instituto da família que mais sofreu alterações e suporta diferentes modificações em sua evolução acerca do seu conceito, buscando sempre adequá-lo em razão de diferentes tipos de família admitas de acordo com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, Código Civil de 2002.

Desse modo, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.1), a família traz de uma forma abrangente “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. E também de um modo mais específico como, “parentes consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau”.

Assim, utilizando-se de método dedutivo e o procedimento bibliográfico, a presente pesquisa aborda desde a evolução do instituto da Família, seu conceito, que como afirma Maria Berenice Dias (2015,p.32) passou por uma mudança a partir da Constituição Federal de 1988, afirmando “Instaurou a igualdade entre o homem e mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.”, para só então, analisar o parentesco socioafetivo e a presença da multiparentalidade nas famílias atuais.

A base de fundamentação do presente estudo está pautada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, na igualdade entre os filhos para ratificar o respaldo do fenômeno. Foi também nesses princípios e na ausência de impeditivos legais, que o estudo embasou o devido reconhecimento de todos os direitos e deveres ao filho multiparental, inclusive no direito sucessório, objetivando analisar o reflexo prático do estudo realizado por meio de julgados.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo geral analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade, ressaltando os seus efeitos sucessórios e como objetivos específicos: apontar os conceitos referentes à multiparentalidade verificando as decisões judiciais acerca do tema.

## **2. FAMÍLIA: Conceito e princípios norteadores.**

### **2.1 Análise conceitual da família e princípios norteadores**

Formar e manter vínculos afetivos, não é apenas uma especialidade dos seres humanos, pois, eles sempre existiram entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, ou pela verdadeira aversão à solidão. Para Maria Berenice Dias (2015) a família “é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.1), a família traz de uma forma abrangente “todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como unidas pela afinidade e pela adoção”. Assim como em um modo mais específico, “parentes consanguíneo sem linha reta e aos colaterais até o quarto grau”.

A família é uma estrutura pública, como também uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. Assim, a globalização constantemente altera as regras, leis e comportamentos o que acarreta uma dificuldade para o legislador em acompanhar prontamente tantas mudanças acerca da família contemporânea, diante disso, a lei vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tendo um viés conservador.

Em virtude disso, em uma sociedade conservadora o merecimento da aceitação social era decorrente do reconhecimento jurídico que era motivado pelo enquadramento do núcleo familiar, que em um determinado momento histórico instituiu o casamento como regra de conduta motivada pelo enquadramento do núcleo familiar no perfil hierarquizado e patriarcal que necessitava manter o matrimônio.

A família tinha formação extensiva, verdadeira comunidade rural, integrada por todos os parentes, formando unidade de produção, do qual detinha grande incentivo à procriação pois tratava-se de uma entidade patrimonializada, dos quais seus membros representavam força de trabalho, ensejando melhores condições de sobrevivência a todos, quadro este que não sobreviveu a Revolução industrial.

Com o surgimento de uma nova realidade que ensejou no aumento da necessidade de mão de obra a mulher obteve mais autonomia no mercado de trabalho, conquistando assim mais autonomia no núcleo familiar do qual ocasionou a alteração da estrutura da família.

Ao mesmo tempo, a desvinculação da família ao matrimônio proveniente da Revolução Industrial e da maior independência feminina, proporcionou uma realidade afetiva ao direito de família, sendo então o mesmo guiado pela socioafetividade, dispensando assim a existência do pai, mãe e filhos para que se caracterize como família. São os chamados “novos arranjos familiares” tratando-se da descaracterização do antigo modelo familiar. São as famílias constituídas por casais homoafetivos, por pais e mães solteiras que, aos olhos da sociedade não possuem os “antigos moldes” que são também chamadas de “famílias recompostas”.

Surgiu então, a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor, que justamente movem o estudo em comento, pois é através dos laços de convivência e afeto que é possível o instituto da multiparentabilidade, onde se abre um espaço para mais uma escolha no núcleo familiar.

Ademais, todas as alterações que ocorreram na família se refletem nos vínculos de parentesco que em virtude da evolução da engenharia genética e o surgimento das mais variadas formas de reprodução assistida, os vínculos de parentesco não ficam mais limitados à verdade biológica.

Diante disso, a Constituição Federal (Art. 227, § 6.º) encarregou-se de ampliar o conceito do instituto familiar não permitindo a diferença entre filhos. Ocorrendo assim a desbiologização da paternidade-maternidade-filiação e, conseqüentemente, do parentesco em geral. Nesse sentido é o que ocorre com a parentalidade socioafetiva, onde a afetividade tem o mais relevante papel jurídico. Devendo assim, buscar um conceito plural de paternidade, de maternidade e de parentesco (DIAS, 2016, p. 377)

Sob essa ótica, os pais socioafetivos e genéticos passaram a estar, em diversas vezes, representados em pessoas distintas, mas coexistentes e igualmente importantes. Assim, se tratando de Direito de Família, é importante mencionar também o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1.º, III, da Constituição Federal de 1988, princípio basilar da democracia, a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer direito e quaisquer obrigações postos em conflito, adotou postura protetora ao estabelecer direitos iguais aos filhos havidos ou não dentro do casamento; e, aos filhos adotivos, excluindo a expressão “filho ilegítimo”.

Em virtude disso, podemos constatar que a nova ordem constitucional mostra-se preocupada com o princípio da dignidade da pessoa humana assegurando o compromisso absoluto e irrestrito em respeito à identidade e à integridade de todo ser humano; evitando-se, assim, consequências como a perda de direitos sucessórios e de reconhecimento da paternidade, sendo ela afetiva ou biológica.

Dentro dessa vertente, ainda é primordial a importância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Visto que dentro do poder familiar, os filhos são os mais vulneráveis, e necessitam de cuidados especiais, devendo ser priorizados pela família, sociedade e estado.

Nesse contexto de tamanha importância, é de suma relevância a necessidade de cuidados em relação às crianças por serem pessoas que se encontram em constante formação da sua própria identidade, bem como os adultos, as crianças e adolescentes também possuem os mesmos direitos pertencentes a toda sociedade e ainda direitos especiais aplicáveis à sua idade, que são garantidos através do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, é possível afirmar que o reconhecimento da multiparentalidade socioafetiva não implica de forma alguma os parentes consanguíneos, mas faz-se necessário o caminhar junto para a criação e desenvolvimento da criança, se ela tiver contato com ambos os pais. O que torna tal fato mais benéfico para os envolvidos, pois se mostra presente o princípio absoluto e inafastável do melhor interesse da criança ou adolescente, onde visa o bem estar do menor independente de confronto entre os vínculos biológico ou apenas socioafetivo.

Constitui também princípio jurídico, altamente importante no âmbito familiar, princípio da afetividade. Como demonstra o doutrinador Tartuce (2017):

A propósito, esclareça-se, para os devidos fins de delimitação conceitual, que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação, impulso ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. Como bem pondera José Fernando Simão em suas palestras e exposições, afeto quer dizer cuidado com responsabilidade. (TARTUCE, 2017, p. 125).

Esse afeto não pode ser uma via de mão única, seja ele negativo ou positivo se refere ao vínculo de parentesco, abrangendo a paternidade e a maternidade, assim é um dos principais elementos das construções de famílias no mundo, tornando-se

consequência de uma constante valorização humana que ainda abrange a dignidade da pessoa humana diante de gestos solidários, ocasionando muitas vezes a superação do vínculo biológico.

Por fim, é importante compreender que família é um dos meios para a busca da felicidade, de realização pessoal de cada indivíduo, e que infelizmente ainda existem arranjos familiares constituídos sem amor, baseados apenas no reconhecimento parentesco consanguíneo, que será explanado no tópico a seguir.

## **2.2 Formação do parentesco consanguíneo e o reconhecimento do vínculo parental**

Parentesco consanguíneo é a relação jurídica ou um vínculo existente entre as pessoas que descendem uma das outras, provenientes do mesmo tronco ancestral. Possui reconhecimento no Código Civil em seu artigo 1.591 que elenca "São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes". Assim, conforme o artigo 1.593 do Código Civil; O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Sua formação ocorre com o crescimento da família, estabelecendo assim um parentesco antepassado, ou seja, decorrente de parentes que assim formam a família. São parentes consanguíneos, pois há relação de descendência os pais, avós, bisavós, filhos, netos, bisnetos e todos aqueles entes da família que formam o primeiro grau até o quarto grau em linha reta. Pois para a lei o quarto grau é considerado o último grau de parentesco. Portanto, um filho de seu primo não será considerado parente. O filho havido fora do casamento, por exemplo, não seria beneficiário da presunção legal de paternidade que favorece aqueles. Embora haja entre ele e seu genitor vínculo biológico. (BRENICE, 2016).

Sendo possível a comprovação de parentesco através da certidão de nascimento, certidão de casamento ou qualquer outro documento em que seja possível a comprovação, como até mesmo um DNA. Cabe ressaltar ainda que a lei não limita parentesco em linha reta, sendo assim o tempo considerado seu próprio limitador, pois muitas pessoas não conhecem seus tataravôs, portando não é necessário limitações.

Ademais seus direitos sucessórios são iguais, conforme expressa o artigo 1.841 do Código Civil, bem como o dever de prestações de alimentos entre si conforme o artigo 1.697 do Código Civil, ou seja, o dever se estende entre todos os parentes colaterais e não apenas entre irmãos.

Diante disso, para o reconhecimento do vínculo parental são necessários três critérios, dentre eles estão: Critério biológico, critério socioafetivo e o critério jurídico. O critério biológico se desenvolve através de pessoas que possuam origem do mesmo tronco, que possuam vínculo sanguíneo. Como já foi citado anteriormente, o filho havido fora do casamento embora possua o mesmo sangue de seu genitor, não possui a presunção de legitimidade para que seja beneficiário, é necessário à comprovação por meio de uma ação de investigação de paternidade ou que seja reconhecido por ato de vontade de seu genitor.

A expressão *"pater is est"*, oriunda do direito Romano atribui a paternidade ao filho concebido durante o casamento, conforme disposto no artigo 1.597 do Código Civil, possui ainda, natureza *juris tantum* (relativa), podendo ser admitida prova contrária, através do exame de DNA. Os doutrinadores defendem que a presunção *pater is est* deve ser aplicada nos tribunais por analogia perante a união estável, em razão da proibição de qualquer tratamento discriminatório entre filhos perante a Constituição Federal que assegura o princípio da igualdade da filiação na sua tutela jurídica, tema que será abordado no próximo tópico.

### **3. DA FILIAÇÃO: tutela jurídica**

#### **3.1 Conceito e origem**

As transformações mais recentes pelas quais passou a família ocasionaram a sua mudança, deixando-a de ser unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo.

Em virtude disso, nota-se que a filiação é a relação de parentesco consanguíneo ou não, que liga uma pessoa àquelas que a geraram ou a recebeu como se tivessem gerado. A Constituição Federal vigente em seu artigo 227 §6º estabelece a igualdade absoluta entre todos os filhos, sem quaisquer distinções; inadmitindo qualquer tipo de distinção por questão de consanguinidade ou afetividade, inclusive reprimindo, a distinção entre filiação legítima e ilegítima, em decorrência do casamento ou não dos pais, fator esse, que existia no Código Civil de 1916.

Por filhos legítimos entendiam-se como aqueles que tinham reconhecidos vínculos familiares entre os pais resultando "justos" direitos, enquanto que filhos ilegítimos eram classificados como bastardos, os quais os pais não possuíam vínculos familiares entre si. Para Maria Berenice Dias (2016):

"Negar a existência de prole ilegítima simplesmente beneficiava o genitor e prejudicava o filho. Ainda que tivesse



sido o pai quem cometera o delito de adultério - que à época era crime -, infringindo o dever de fidelidade, o filho era o grande perdedor. Singelamente, a lei fazia de conta que ele não existia. Era punido pela postura do pai, que se safava dos ônus do poder familiar. E negar reconhecimento ao filho é excluir-lhe direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais” (DIAS, 2016, p.654)

Assim, diferentemente da realidade do passado, a atualidade em conformidade com todas as modificações ocorridas na sociedade, é notório que todos são apenas filhos, com os mesmos direitos, uns havidos fora do casamento, outros em sua existência e outros por via de adoção, mas com iguais direito se qualificações, não interessando mais saber a origem da filiação como forma de se estabelecer direitos e deveres. Corroborando as afirmações feitas, assevera o Código Civil em vigência em seu artigo 1596: “Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Diante disso, a ordem jurídica atual consagra como fundamental o direito à convivência familiar e todas essas mudanças resultam na identificação dos vínculos de parentalidade, levando ao surgimento de novos conceitos e de uma nova linguagem que melhor abrange a realidade atual, tais como: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo e etc, expressões essas que significam o reconhecimento, também no campo da parentalidade, e edificam o significativo do elemento estruturante do direito das famílias.

Portanto, é notório que a filiação é um dos institutos do Direito de Família que mais sofreu influência dos valores consagrados pela Constituição Federal de 1988, e em seu art. 227 §6º, como já mencionado anteriormente, podemos verificar mais uma vez a suma importância do princípio da igualdade que ganhou arranjos específicos dentro seara das relações de família.

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

§ 6º 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.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “filiação é um fato da vida”, e em decorrência disso não há mais motivos para distinções entre família legítima e família ilegítima, ou qualquer expressão que deprecie ou diferencie o tratamento entre os membros familiares.

Já o princípio da veracidade da filiação se remete a reconhecer a vinculação entre pais e filhos, podendo ser preceituado no Código Civil de 2002 em seu artigo 1.601.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Em virtude disso, é possível perceber que o intuito do atual código é saber qual a real vinculação entre os pais e filhos, seja ela biológica ou afetiva de uma forma clara, importando também ao direito de conhecimento da origem genética, podendo assim o pai questionar o vínculo biológico, que por sua vez pode ser esclarecido e eximir o requerente, o que no entanto, nem sempre ocorre com os laços afetivos se por sua vez já forem imensuráveis perante a criança e o pai, mesmo ao contestação de paternidade.

### **3.2 Da Filiação Socioafetiva e o Estado de Posse de filho**

A filiação socioafetiva é constituída da relação entre pai e filho, decorrente de sua convivência e a construção de um afeto que existente entre ambos. No entanto, a filiação socioafetiva não possui previsão legal expressa na lei, a mesma pode ser reconhecida por meio dos artigos 1.593 e 1.605, II do Código Civil que dispõe:

Artigo 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

Artigo 1.605. Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos.

Nesse sentido, o texto dos artigos mencionados assegura a relação de parentesco consanguíneo bem como o natural, e possivelmente o que possa surgir diante de um vínculo oriundo de outra natureza, como a afinidade, adoção parental decorrentes de uma convivência e o socioafetivo que se forma através da posse de estado de filho, resultante de um mútuo reconhecimento entre o genitor e seu filho. Para a Doutrinadora Maria Berenice Dias (2016):

“Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, compreendendo o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a realidade legal. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente de sua origem, ser biológica ou afetiva. A ideia da paternidade está fundada muito mais no amor do que submetida a determinismos biológicos.” (DIAS, 2016, p.657)

Assim, em conformidade com o entendimento acima, a relação existente entre os pais e os filhos está hoje muito mais fundamentada no afeto, e com base nisso e nos avanços da sociedade e, da tecnologia e também do próprio ordenamento jurídico, surgem novas possibilidades, que resultam na quebra dos paradigmas históricos do conceito de paternidade, nesse sentido conseqüentemente são gerados conflitos acerca da responsabilidade paterna e materna em relação ao reconhecimento socioafetivo. Sendo assim, a nova filiação há que se apoiar sobre os pilares constitucionalmente fixados: a plena igualdade entre filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a doutrina da proteção integral.

Ademais, é relevante pontuar e considerar questões relacionadas aos vínculos afetivos perante as questões sociológicas, onde deve ser priorizada a importância social que tem o afeto para a constituição das famílias, onde essa relação não é fruto da biologia e sim da convivência.

Portanto não pode ser considerado genitor apenas o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou manter através da criação e pelo zelo visto que, a existência de laços de afeto entre pai e filho, é onde existe o real valor jurídico no qual está inserida a verdade afetiva e jamais sustentada apenas na ascendência genética porque essa, quando desligada do afeto e da convivência apenas representa um resultado fruto da filiação consanguínea, devendo ainda coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental.

Diante disso, é reiterada a compreensão e direito de igualdade entre as figuras paternas e maternas biológicas e socioafetiva, com as consequentes responsabilizações decorrentes da dupla paternidade ou maternidade, ampliando assim, a maior proteção ao interesse dos filhos.

Podemos dizer então, que a filiação socioafetiva se trata de um conjunto de circunstâncias que exteriorizam o desejo de ser pai ou mãe, ressaltando que essa relação é uma opção, fundamentada na liberdade de escolha de quem tem afeto e pelo estado de posse dos filhos.

Ou seja, a filiação socioafetiva está diretamente ligada ao reconhecimento da posse do estado de filho por um parentesco psicológico proveniente da condição de filho através dos laços de afeto, onde o vínculo biológico deixa de ser o centro da relação de filiação, sendo assim, a afetividade é considerada imprescindível, pois, tem como resultado a exteriorização dos laços afetivos existentes entre os envolvidos na relação para a sociedade, dessa forma dar-se a oportunidade dos envolvidos exercitarem os seus direitos e assumirem as obrigações decorrentes desse vínculo.

Ademais, cumpre ressaltar que, com a promulgação da Constituição Federal e com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a afetividade, em alguns casos, tornou-se mais importante que o vínculo biológico, em virtude da defesa à Dignidade da Pessoa Humana.

Para Luiz Edson Fachin (2017) a posse do estado de filho é composta por três elementos, dos quais são: 1) tratamento (tractatus) – presente quando o indivíduo é tratado na família como filho; 2) nome (nomen) – ocorre quando ao filho é atribuído o nome dos pais; 3) fama (reputatio) – há repercussão social da relação de filiação.

O Supremo Tribunal Federal em informativo de número 840 (**Direito de reconhecimento de paternidade e princípio da dignidade da pessoa humana**) ligado ao RE 898060, declara que o princípio da paternidade responsável impõe que, tanto os vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser

acolhidos pela legislação, visto que o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não permite decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando deve-se prevalecer o melhor interesse do descendente e for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos, conforme jurisprudência expressa:

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO. INDIVÍDUO COMO CENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - POLÍTICO. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DAS REALIDADES FAMILIARES A MODELOS PRÉ -CONCEBIDOS. ATIPICIDADE CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE ENTIDADES FAMILIARES. UNIÃO ESTÁVEL (ART. 226, § 3º, CRFB) E FAMÍLIA MONOPARENTAL (ART. 226, § 4º, CRFB). VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO ENTRE ESPÉCIES DE FILIAÇÃO (ART. 227, § 6º, CRFB). PARENTALIDADE PRESUNTIVA, BIOLÓGICA OU AFETIVA. NECESSIDADE DE TUTELA JURÍDICA AMPLA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE. PLURIPARENTALIDADE. PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL (ART. Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11936696. Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 17 Ementa e Acórdão RE 898060 / SC 226, § 7º, CRFB).**

Diante disso, em análise ao julgado acima, o plenário julgou procedente o pedido formulado em ação rescisória ajuizada que tinha a finalidade de desconstituir o acórdão da Primeira Turma que desproveu o pedido sob o fundamento de que, se o filho havia nascido da constância do casamento, sendo, portanto constatado o vínculo afetivo com o marido (Pai afetivo da criança) que vivia sob o mesmo teto, não há o que se ilidir, pois, existe a presunção legal de legitimidade da prole. Tampouco, não seria suficiente a confissão materna para excluir a paternidade. Ou seja, a parte autora após o reconhecimento do estado de posse do filho, tenta no caso em comento, confrontar e negar tal vínculo, o que não há possibilidade em virtude do melhor interesse da criança, como também da dignidade da pessoa humana, ademais, a jurisprudência sedimentada não poderia servir de dogma para sustentar uma injustiça flagrante.

De acordo com o Ministro Relator Luiz Fux em relação ao caso concreto em comento, o mesmo afirmou:

“A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais”.  
(FUX, Luís, julgado 29 de setembro de 2016).

Portanto, como visto no julgado e nos entendimentos citados acima, a posse de estado de filho, apesar de não estar prevista expressamente no Código Civil e na Constituição Federal, está cumprindo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e igualdade de filiação, e é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, desde que presentes os elementos caracterizadores já citados.

## **4. MULTIPARENTALIDADE E SEUS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO**

### **4.1 Incidência e reconhecimento**

A multiparentalidade surgiu do reconhecimento legal em que permite diferentes formas de filiação entre pais, mães e filhos, surgindo diante de muitas famílias que vão se reconstituindo, ou seja, através de pessoas que até então não faziam parte de determinado ciclo familiar, mas que acabaram formando famílias com base no vínculo afetivo. Um dos casos mais vivenciados na sociedade é a existência de pais biológicos e socioafetivos, decorrentes da convivência da mãe comum novo companheiro, possibilitando então a existência de um novo afeto paternal perante a relação com um novo companheiro da mãe. Nesse sentido, é consoante o entendimento:

“A multiparentalidade é um avanço do Direito de Família, tendo em vista que efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana de todas as pessoas envolvidas, demonstrando que a afetividade é a principal razão do desenvolvimento psicológico, físico e emocional.” (SHIKICIMA, 2014, p. 73).

Assim, são naturais as mudanças que o direito de família que vem se adaptando ao longo dos anos, sendo reformuladas suas normas e até mesmo ocorrendo o surgimento de novas realidades, em decorrência das novas relações de parentesco.

Posto isso, a Constituição Federal amplia o conceito de família, e assegura uma igualdade de tratamento entre os filhos, não admitindo nenhuma distinção quanto à origem de filiação, seja ela biológica, afetiva ou por adoção. Dessa forma, é através do afeto principal identificador das famílias nos últimos anos, que se desenvolve a multiparentalidade, de modo que são produzidos e aplicados efeitos jurídicos em relação a todos que envolvem o vínculo familiar multiparental.

Dessa maneira, é importante mencionar a aprovação da família multiparental em tribunais de diferentes Estados onde a multiparentalidade tem alcançado seu reconhecimento, como exemplo o estado do Acre, onde o Juiz Fernando Nobrega da Silva também reconheceu, como forma de garantir a preservação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, conforme é possível perceber:

“E assegurar que a criança e o adolescente possam ter assegurado o pleno desenvolvimento de sua personalidade, através de adequada assistência física, moral, social, médica, psicológica, material, emocional, afetiva, por meio da ação conjunta de seus pais biológico e socioafetivo, confere máxima primazia aos interesses do menor. Desse modo, a multiparentalidade se apresenta como medida adequada ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do menor, preservando seus laços com os pais biológicos e socioafetivos.” (Poder Judiciário do Acre, Comarca de Rio Branco. Processo nº: 0711965- 73.2013.8.01.0001, Juiz Fernando Nóbrega da Silva, j. 24 de junho de 2014).

Diante da decisão supramencionada, abriu-se espaço para novos reconhecimentos onde as garantias das famílias multiparentais vêm se consolidando cada vez mais.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, firmou um entendimento sob a matéria, em que versa entre a paternidade biológica e a socioafetiva RE 898.060, de acordo com o relator Ministro Luiz Fuz (BRASIL, 2015):

Caberá ao filho, de acordo com o seu próprio interesse, decidir se mantém, em seu registro, apenas o pai socioafetivo ou ambos, o socioafetivo e o biológico. Mesmo que não tenha constituído com o genitor nenhum vínculo de afetividade, terá o direito de fazer constar o nome dele em seu registro.

Sob o mesmo ponto de vista e corroborando com os doutrinadores acerca do tema, o instituto da multiparentalidade objetiva proporcionar a criança e ao adolescente, uma maior garantia em relação à proteção, relacionado uma boa convivência com os deveres a serem mensurados perante ambos os pais, tanto aos biológicos, quanto aos afetivos.

Cabe mencionar ainda, que o filho socioafetivo poderá pleitear o reconhecimento judicial da filiação a qualquer momento, bem como possui os mesmos direitos sucessórios, estando seus pais vivos ou falecidos.

Entretanto, em alguns casos, quando se vai pleitear o direito sucessório após o falecimento dos pais é ocasionado á alguns julgadores dúvidas e argumentos em detrimento do não conhecimento do vínculo, pois muitas vezes ainda não está reconhecida judicialmente a paternidade ou a maternidade ou quem pleitea o direito de sucessão não consegue comprovar facilmente que existiu o vínculo de posse de filho, impossibilitando e dificultando o deferimento ao direito dos bens ou pensão dos falecidos pais, surgindo assim teses hipotéticas de que se os pais possuísem vontade de assumir a relação de filiação porque teria sido assumida em vida ou até mesmo através de testamentos. É nesse sentido que orbitam muitos conflitos nos Tribunais a respeito do tema em comento, e mesmo com algumas dificuldades que possam surgir com o ingresso dessas ações, ainda há a possibilidade de comprovar no pós-morte a socioafetividade existente na relação entre pai – filho.

Dessa forma, através da análise de casos concretos que serão vistos mais adiante, é possível identificar que em alguns casos há uma mera vontade em relação a adquirir um bem patrimonial de determinadas pessoas, simplesmente alegando existir afeto, ou seja, existindo um mero interesse financeiro no qual muitas pessoas apenas tentam se aproveitar e não possuem de fato nenhum direito.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro adote o princípio do juiz natural; “aquele que analisa e julga de forma imparcial”, se desfazendo de sua opinião



pessoal e de preceitos sociais forma da lei, é com base nisso que o inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira é um dos componentes do Princípio do Juiz Natural, que garante um julgamento justo aos cidadãos por órgãos independentes.

Em vista disso, a própria Constituição Federal assegura o direito à herança em seu artigo 5º, inciso XXX. Dessa forma, é assegurado o pleito por se tratar de um direito individual constitucionalmente garantido que também se encontra em conformidade com o próprio Código Civil.

Portanto, não é possível que julgadores criem requisitos extralegais ao reconhecimento da filiação e ao direito à herança em virtude de que o Direito sucessório permite adaptações legais simples e, até mesmo, o uso da analogia, sendo possuidor de uma lógica legislativa de fácil percepção. Em suma, deve ainda ser seguida a ordem de vocação hereditária e observada a sucessão de forma igualitária, assunto que será discutido a seguir.

#### **4.2 Da sucessão dos descendentes e ascendentes:**

De acordo com o Código Civil é natural que após o falecimento de uma pessoa, seus bens, direitos, obrigações e encargos devem ser transmitidos à outra pessoa, tendo os descendentes prioridades. Independentemente do tipo de filiação estabelecida, o herdeiro descendente tem preferência a herança em conformidade como princípio da *Saisine* de origem Francesa, onde garante que os herdeiros têm o direito de receber desde logo a herança, estabelecendo que a posse dos bens do "de cujus" se transmite imediatamente aos seus herdeiros, na data de sua morte é aberta a sucessão, consagrado em nosso ordenamento jurídico no artigo 1.784 do Código Civil.

Nesse sentido, no artigo 1.829 do Código Civil, é estabelecida a ordem de vocação hereditária, onde são indicados os legítimos para receber a herança, garantindo ainda que há preferência de todos os ônus e bônus aos parentes de linha reta preferencialmente, ou seja, aos ascendentes e aos descendentes. Conforme artigo 1.591 do Código Civil dispõe: "São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes".

Seguindo essa linha de raciocínio, o artigo 1.829 do Código Civil, estabelece que a sucessão legítima ocorre na seguinte ordem:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens

(art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Diante disso, os cônjuges e companheiros, assim como os ascendentes e os descendentes também são considerados herdeiros necessário à luz do artigo 1.845 do Código Civil. Dessa forma, possui direito a pleitear pelo menos metade da herança deixada, e aos parentes colaterais, esse serão apenas herdeiros facultativos, somente herdarão se não existirem os herdeiros necessários e que não exista nenhum testamento. Existem três tipos de filiação reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, vejamos:

São descendentes todos aqueles que abrangem a filiação, nas quais são:

- 1) A adotiva, oriunda da adoção;
- 2) A presumida, pois se presumem naturais os filhos gerados na constância do casamento;
- 3) E a natural, que se refere à questão biológica.

Portanto, na sucessão dos descendentes os herdeiros legítimos serão priorizados em relação aos herdeiros necessários, essa prioridade recai em relação aos bens, direitos, obrigações e até mesmo aos encargos da pessoa falecida.

Ocorre que, os descendentes podem ainda concorrer com o cônjuge sobrevivente, salvo de forem casados no regime de separação obrigatória de bens ou no regime da comunhão universal, bem como no regime de comunhão parcial se o autor da herança não possuía bens particulares. Através de estudos podemos identificar em decisões de tribunais que o cônjuge se equipara ao companheiro nas relações de sucessão e herança.

Conforme o artigo 1.833 do Código Civil e do julgado do TJ de Minas Gerais vejamos:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO - HERDEIRO - POSSIBILIDADE.** É possível o ajuizamento da

ação de usucapião de imóvel por herdeiro condômino, devendo comprovar os requisitos legais do instituto. No direito da sucessão, **os descendentes em grau mais próximo excluem os mais remotos**. (TJ-MG - AC: 10470140029047001 MG, Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 19/09/2019, Data de Publicação: 27/09/2019)

Assim, em qualquer das espécies o herdeiro descendente sempre terá a preferência. Entre os descendentes o grau mais próximo exclui os mais distantes, salvo se houver o direito de representação. No entanto podemos nomear ao direito sucessório a sucessão em face os filhos socioafetivos bem como a sucessão perante a família multiparental.

Em razão da ausência de legislação específica acerca da sucessão socioafetiva e da família multiparental, são feitas análises perante a doutrina e jurisprudências, que reconhecem de forma majoritária que são considerados também herdeiros necessários, com base no princípio em que assegura a igualdade entre os filhos, conforme menciona a Constituição Federal em seu artigo 227, parag. 6º conjuntamente com o código civil em seu artigo 1.596.

O reconhecimento da filiação socioafetiva garante a criança ou adolescentes todos os direitos, bem como produzem todos os efeitos pessoais e patrimoniais inerentes à autoridade parental. Nessa circunstância são concedidos aos herdeiros socioafetivos igual direito sucessório, em que por vezes é possível o legislador obter dificuldades em razão de ausência de reconhecimento no próprio registro, situação em que ainda sim é possível ser comprovada a socioafetividade mediante fotos, testemunhas e várias outras formas de comprovação.

Dessa forma, é possível se utilizar o “princípio da boa-fé objetiva” sendo necessária uma postura ética, momento em que os tribunais passam a verificar a situação com mais atenção. Por fim, a filiação deve ser reconhecida pura e simplesmente com base na análise dos requisitos legalmente impostos, em observância ao artigo 1.593, do Código Civil e o artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, pois biológico ou socioafetivo, filhos devem ter tratamentos igualitários e estando tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Posto isso, sendo comprovado o fato perante o julgador, por mais livre que seja a apreciação das provas, sua existência não pode ser negada.

Ademais, os direitos e deveres são recíprocos sem qualquer hierarquia também entre pais ou mães, pois os pais possuem os mesmos direitos em relação aos filhos, no caso do falecimento de um filho socioafetivo, cabendo mencionar que os pais herdaram da mesma forma que os filhos, pois são herdeiros necessários, não

existindo nenhuma diferença entre os mesmos. A sucessão será formada na mesma proporção entre ambos os pais, sendo eles consanguíneos ou socioafetivos, bem como as obrigações e encargos que serão transmitidos em caso de pensões determinadas aos filhos perante os pais, sendo a opção de divisão igualitária a mais adequada, em virtude da preservação dos preceitos constitucionais como o do artigo 5º, caput (isonomia de direitos), da Constituição Federal em vigência, como também a invocação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

O posicionamento de Christiano Cassettari (2017), é o seguinte:

“No Direito das Sucessões a pergunta recorrente é se o filho pode receber três heranças se tiver três pais. Não vemos problema para que isso ocorra. (...) Agora, se uma pessoa pode receber herança de dois pais, é preciso lembrar que também pode ocorrer o contrário, já que a multiparentalidade produz direitos do filho em relação aos múltiplos pais ou mães, mas também direitos dos múltiplos pais ou mães em relação ao filho.” (Cassettari, Christiano, 2017, pp. 155)

Dito isso, a seguir serão analisados alguns julgados onde é pleiteado o direito a sucessão hereditária para que possamos visualizar também outros conflitos com mais clareza, onde podemos constatar que não é pertinente que a doutrina ou julgadores criem requisitos extralegais ao reconhecimento da filiação ou à flexibilização do direito à herança.

#### **4.3 Alcances e limites Dos casos julgados**

Como já foi esclarecido, o reconhecimento da filiação socioafetiva juntamente com a biológica, produz efeitos pessoais e patrimoniais pois na sucessão em linha reta ascendente, o grau mais próximo exclui o mais distante quando não há distinção de linhas, ou seja, quando no grau mais próximo só existem sobreviventes em um dos lados da ascendência: materno ou paterno. Nesse sentido, podemos verificar a existência de recentes decisões que concedem aos herdeiros socioafetivos igualdade no campo do direito sucessório e decisões que negam o direito, pois não resta comprovado os requisitos necessários para a posse de filho. É o que se observa nos julgados abaixo:

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA GENÉTICA. AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS E FIRMES ACERCA DA VONTADE DE RECONHECIMENTO DA**

### **FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO**

**MANTIDA.** I- Não há que se falar em reconhecimento de paternidade biológica quando a parte autora não se desincumbir do ônus processual que a ela recai, nos termos do art. 373, I, do CPC, já que ausente qualquer documentação que prova, minimamente, a relação entre sua genitora biológica e o investigado. Além disso, ao renunciar ao exame de DNA ante os elevados custos da exumação do cadáver, o autor/apelante não demonstrou ter buscado a alternativa de realizar a perícia genética com algum outro parente de primeiro grau do de cujus, uma vez que não deixou filhos conhecidos. II - A doutrina, com fundamento no CC 1.593, abriu as portas de nosso ordenamento jurídico para o chamado parentesco socioafetivo, fundado na posse do estado de filho, que, nas palavras de Luiz Edson Fachin, "se revela tanto na sua manifestação perante o grupo social, como, especialmente, na esfera psicológica e afetiva dos sujeitos." III- Em relação ao reconhecimento post mortem do ascendente socioafetivo, muito embora a lei permita tal possibilidade, por se tratar de questão que demanda prova substancial da intenção das partes, de cunho subjetivo, tais casos exigem cautela redobrada, pois não se pode olvidar que o acolhimento da pretensão afetará diretamente a esfera dos direitos de personalidade do de cujus e ainda trará repercussões aos demais membros da família, notadamente aos herdeiros. IV- No presente caso, não há um conjunto probatório robusto e firme apto a demonstrar que o reconhecimento espontâneo da relação de filiação só não ocorreu por razões alheias à vontade do suposto pai, ao contrário, sua omissão em não beneficiar o suposto único filho em seu testamento, deixando todos seus bens para os sobrinhos, demonstra com clareza solar, que este não tinha a vontade/intenção de reconhecer a paternidade em relação ao requerente. V- Ausentes os requisitos para a configuração da paternidade socioafetiva, visando salvaguardar os direitos da personalidade, a improcedência do pedido é medida que deve ser mantida. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-GO - Apela&ccedil;&atilde;o (CPC): 00745314420018090051, Relator: Des(a). LUIZ EDUARDO DE SOUSA, Data de

Julgamento: 25/05/2020, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 25/05/2020)

No caso em comento acima, é possível ver claramente apenas um interesse patrimonial pleiteado pela autora, uma vez que não ficou comprovado a existência do estado de posse de filho nem através de demonstrações por parte dos supostos pais, como também não houve testemunhas que confirmassem o laço afetivo, critério indispensável para que seja reconhecida a filiação socioafetiva, corroborando na cautela redobrada em fazer a análise das mais diversas situações. Outro exemplo da situação em comento segue abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGAÇÃO DE PARENTALIDADE AVOENGA. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. POSSE DE ESTADO DE FILHO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS.**

1. No pedido de reconhecimento da parentalidade avoenga, deve restar configurada a perfilhação socioafetiva em relação ao falecido genitor, de modo que deve-se comprovar os respectivos elementos caracterizadores, quais sejam, nome, trato e fama. 2. Diante do desprovimento do recurso, deve-se majorar os honorários recursais. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJ-GO-

Apela&ccedil;&atilde;o(CPC):02766612620188090023,  
Relator: JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data de Julgamento:12/06/2020, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 12/06/2020)

Diante disso, ressalta-se que na ação investigatória (de filiação socioafetiva), a posse de estado de filho deve ser demonstrada exaustivamente em juízo, competindo à parte autora comprovar a presença de seus requisitos caracterizadores, os quais, tradicionalmente, são o nome, o trato e a fama. Nesse viés, com a apresentação de um novo universo de fatos, à posse de estado de filho se relaciona diretamente com a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social, conforme julgado abaixo:

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO.**

**POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1.**

Pretende a parte apelante a modificação da r. sentença da instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, e determinação de supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada para contemplar o patronímico dos pretendidos pais afetivos, com o que poderia habilitar-se como herdeira dos de cujus; 2. Diz respeito a quaestio juris aqui debatida à chamada paternidade socioafetiva, conceito relativamente recente na doutrina e jurisprudência pátrias, segundo o qual, apartando-se da filiação meramente biológica ou natural, e mesmo da filiação civil, pela adoção regular, tem-se o desenvolvimento da relação parental de filiação pelos laços afetivos que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem como pai/mãe e filho; 3. A jurisprudência, mormente na Corte Superior de Justiça, já consagrou o entendimento quanto à plena possibilidade e validade do estabelecimento de paternidade/maternidade socioafetiva. 4. A consagração da chamada paternidade socioafetiva, na doutrina e na jurisprudência, não pode representar a transformação do afeto e do amor desinteressado em fundamento para a banalização da relação parental de filiação não-biológica, porque a efetiva existência desta, antes de tudo, há de decorrer de um ato de vontade, de uma manifesta intenção de estabelecimento da paternidade ancorada na densidade do sentimento de afeição e de amor pelo outro ente humano. 5. À semelhança do que ocorre com a adoção regular, a nosso juízo, há possibilidade de vir a ser reconhecido esse vínculo de paternidade afetiva post mortem, mas, de toda sorte, deve-se provar que, quando em vida, o pretenso pai não-biológico tivesse manifestado o inequívoco desejo de assim ser reconhecido, em aplicação analógica do disposto no art. 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente; 6. "A posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, reclama, para o seu reconhecimento, de sólida comprovação que a distinga de

outras situações de mero auxílio econômico, ou mesmo psicológico. Rolf Madaleno cita o nomen, a tractatio e a fama como fatores caracterizadores da posse do estado de filho” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011); 7. O que se comprovou nos autos foi o laço sentimental socioafetivo entre a apelada e os de cujus de forma declarada e pública. Segundo se extrai dos depoimentos das testemunhas, a apelada era tratada publicamente como filha de casal, e os chamava de mãe e pai. É dizer que havia, quer na relação privada, quer socialmente, a caracterização de uma verdadeira relação paterno-filial; 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida integralmente. (TJ-DF - APC: 20150510068078, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 02/09/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/09/2015. Pág.: 103).

No julgado acima, a parte apelante pretendia a modificação da sentença na instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, como também a suspensão da paternidade biológica e registral, no entanto tal recurso se torna inviável sua modificação devido a comprovação do laço sentimental socioafetivo entre a apelada e os de cujus de forma declarada e pública, pois segundo se extrai dos depoimentos das testemunhas, a apelada era tratada publicamente como filha de casal, e os chamava de mãe e pai.

No entanto, diferentemente da circunstância acima, se caso sobreviva ao autor da herança apenas sua mãe ou apenas seus avós paterno se não mais os filhos, eles herdarão por cabeça. Quando a situação retrata a igualdade de graus nas duas linhas materna e paterna, a sucessão é por direito próprio, mas a partilha passa a ser por linha e cada uma recebe iguais quotas-parte.

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. SUPOSTA HERDEIRA. RECONHECIMENTO DE MATERNIDADE SÓCIOAFETIVA. RESERVA DE QUINHÃO - POSSIBILIDADE.** 1. Intentada ação de investigação de maternidade sócioafetiva é prudente a medida acauteladora de reserva de quinhão, suficiente à garantia da quota-parte do investigante; 2. É necessário resguardar o direito sucessório da postulante e na eventual procedência de ação de investigação



de maternidade sócioafetiva. (TJMG, Apelação Cível 1.0534.18.002440-6/001, 06 de junho de 2019).

Outra situação interessante, é a do julgado acima, em que conforme entendimento do tribunal acima, a propositura na ação de investigação de paternidade socioafetiva, é de suma importância a reserva do quinhão, que forma que seja suficiente a quota parte da pessoa que propôs tal ação, pois, comprovando o vínculo socioafetivo, o filho investigante fará jus aos direitos sucessórios, igualando-se aos filhos biológicos, verificamos portanto, que sempre é priorizado a chance de que o filho socioafetivo possa comprovar seu vínculo e até que não reste mais dúvidas o seu direito está resguardado.

Assim, diante dos casos julgados expostos e de todas as modificações sofridas pela sociedade observamos uma flexibilidade no instituto multiparental que reflete no campo do direito sucessório, pois já não é suficiente apenas a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos através do sentimento da afeição, no entanto existem limites a serem respeitados mesmo que exista uma relação de convivência, tal como o inquestionável reconhecimento do estado de posse.

Portanto, a expressão do estado de filiação é totalmente amparada pelos julgadores pátrios, recebendo maior valoração nos casos em que a determinação das relações paterno-filiais se configura confusa, sendo, portanto o melhor posicionamento aquele em que prevalece o amparo aos princípios e os requisitos para a configuração da paternidade socioafetiva, visando acima de tudo salvaguardar os direitos da personalidade.

Sendo assim, o posicionamento mais adequado para a resolução das questões onde há a presença de multiparentalidade socioafetiva tem como base, principalmente, o valor constitucional da dignidade da pessoa humana, da proteção integral de crianças e adolescentes e também no princípio da igualdade, pois não se deve considerar somente a repercussão da paternidade sobre a pessoa do pai, seja essa figura tomada em virtude da presunção *pater is est* ou da própria manifestação de vontade em registrar alguém como seu filho.

Por fim, foi compreendido que limitar exclusivamente o vínculo jurídico do filho com o pai biológico é olvidar tudo que a doutrina vem sustentando e a Justiça vem construindo em torno da filiação socioafetiva, é deixar a realidade ser encoberta pelo véu do preconceito.

## 5 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração todos os aspectos expostos no presente estudo, foi desenvolvido de forma clara e objetiva o conceito de família e seus princípios norteadores, bem como a formação do parentesco consanguíneo e posteriormente o reconhecimento do vínculo parental em aspectos gerais e no direito sucessório nos casos de filiação socioafetiva que desenvolveram a multiparentalidade, fundamentados pelos princípios norteados a luz da Constituição Federal em vigência e no Direito de família também assegurado pelo Código Civil de 2002.

Diante disso, foi corroborado que as relações constituídas através do convívio entre pais-filhos fundamentadas apenas pelo laço afetivo, possuem os mesmos direitos que os filhos oriundos da herança genética, em virtude da chamada posse de estado de filho que gera o parentesco socioafetivo.

Assim sendo, reconhecida a filiação após ser comprovado o vínculo parental, a mesma passa a possuir efeitos e relevância na esfera jurídica para qualquer que seja o fim no âmbito jurídico, sendo no estudo em comento, ressaltado o direito sucessório observando os limites impostos no Código Civil em vigência e os julgados pelos tribunais.

Portanto, através do reconhecimento da afetividade como aspecto primordial nas relações constituídas na atualidade, admite-se a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, reiterando a não diferenciação entre os tipos de filiações, sendo de suma importância identificar quem a criança considera seus pais e quem a ama como filho

Concluimos por fim, que a filiação socioafetiva é definida como a relação afetiva, única, íntima, estável e duradoura, em que uma criança é tratada como filho, por quem faz questão de cumprir todos os deveres inerentes ao poder familiar, sendo o posicionamento mais adequado aquele que a justiça brasileira resolve as divergências e lacunas ainda existentes na lei atendendo aos preceitos constitucionais e aos ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os princípios do Direito de família, possibilitando assim quando comprovado que quem busca os efeitos resultantes da multiparentalidade socioafetiva possa usufruir dos seus direitos de forma justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA. Karina. **Direito Sucessório e a filiação Socioafetiva**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/direito-sucessorio-e-a-filiacao-socioafetiva/>. Acesso em 15 de Setembro de 2020.

BERENICE. **Manual-de-Direito-das-Famílias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf**

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível Em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 03 de agosto. de 2020.

BRASIL. **Código Civil (1916)**. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm). Acesso em 10 de agosto de 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**. Grupo Gen-Atlas, 2017.

DE OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan; DE CASTRO SANTANA, Ana Cristina Teixeira. **Paternidade socioafetiva e seus efeitos no direito sucessório**. Revista Jurídica, v. 21, n. 20, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Filhos do Afeto**. Questões Jurídicas. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GAGLIANO. Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Volume 6: direito de família. 2016.

GAGLIANO. Rodolfo Pamplona Filho. –7.ed.–São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6

RAMOS, Andrezza Souza. **A paternidade socioafetiva e os efeitos sucessórios por sua decorrência**. REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866, v. 10, n. 01, 2017.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **A família afetiva: o afeto como formador de família**. IBDFAM–Instituto Brasileiro de Direito de Família, v. 24, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 890.060**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em 12 de Setembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO AgR ARE 1242580 RS RIO GRANDE DO SUL 0001263-59.2015.8.21.0106 (STF)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=+EMENTAS+FILIA%C3%87AO+SOCIOAFETIVO>. Acesso em 10 de Outubro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo**. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo840.htm>. Acesso em 13 de Setembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - **Apelação Cível: AC 10534180024406001 MG**. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/720155079/apelacao-civel-ac-10534180024406001-mg>. Acesso em 01 de Novembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Apelação Cível: APC 20150510068078**. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/231587105/apelacao-civel-apc-20150510068078>. Acesso em 20 de Outubro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Apelação Cível: APC 74531420018090051**. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/931934701/apelacao-cpc-745314420018090051>.

Acesso em 20 de Outubro de 2020.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. **Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade - Uma lacuna a ser preenchida**. Revista ESA. Formatos Familiares Contemporâneos. Inverno - 2014 - Ano V nº18. p. 73. Acesso em 10 de outubro de 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume único. 7-ed. 2017.

VILLELA, João Baptista. Art. 1601. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Ouro Preto, 2001.

NOTAS:

[1]Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: carolinaimperesadv@gmail.com.

[2]Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, UNIFSA, formada pela Universidade Federal do Piauí – UFPI, *E-mail*: erikavilar@hotmail.com.

## RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

**ELAYNE DE ASSIS RODRIGUES:**

Acadêmica de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA [1]

(orientadora)

**RESUMO:** A pesquisa teve por objetivo elaborar um estudo sobre as noções gerais da responsabilidade civil pela perda de uma chance, sua natureza jurídica, requisitos, pressupostos e excludentes. Esta temática é nova tanto na doutrina quanto na jurisprudência, entretanto, cada vez mais que vem ganhando aplicabilidade nos tribunais. Esta pesquisa é importante, pois, a perda de uma chance acresce mais uma vertente à responsabilidade civil, trazendo a possibilidade de reparação decorrente desta perda, ou seja, o respectivo ressarcimento pelo desfazimento da oportunidade de conquistar determinada vantagem ou evitar certo prejuízo. Para tanto, será abordado o atual entendimento do Judiciário acerca da aplicabilidade desta teoria, bem como as consequências jurídicas de seu implemento. Utilizou-se a metodologia exploratória, por meio de revisão bibliográfica, análise de alguns casos julgados e seus fundamentos para determinar a reparação do dano causado pela perda de uma chance.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil; Teoria da Perda de uma Chance; Reparação de Dano.

### INTRODUÇÃO

Conforme a sociedade se desenvolve, novos anseios e posturas são exigidos do ordenamento jurídico, no contexto de um Estado Democrático de Direito, deste modo, pode-se afirmar que o sistema normativo brasileiro é mutável e deve acompanhar os avanços sociais, culturais e até mesmo tecnológicos de seu povo.

Seguindo esta mesma premissa de evolução, a noção e as hipóteses de incidência da responsabilidade civil também sofre mutação, podendo ser alterada, reduzida ou ampliada.

Exemplo recente de discussão no âmbito da responsabilidade civil é a reparação dos danos sofridos pela perda de uma chance. Tal teoria tem origem francesa, mas recebeu destaque no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas décadas.

A perda de uma chance, em linhas gerais, refere-se à perda de uma oportunidade de se obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, provocada por um terceiro. Neste ínterim, surge a seguinte problemática: como o Poder Judiciário aplica a Teoria da Perda de uma Chance no âmbito do sistema jurídico brasileiro?

O estudo desta temática é importante, pois, a perda de uma chance não possui previsão legal, mas vem conquistando muitos adeptos, tanto por parte da doutrina, quanto da jurisprudência. Deste modo, por ser matéria recente, deve ser analisada e debatida no mundo acadêmico e jurídico, para se estabelecer a hermenêutica adequada a esta teoria e as hipóteses de incidência.

Além disso, insta destacar que a classificação da responsabilidade civil pela perda da chance muito se confunde com o instituto do lucro cessante e dano emergente dispostos no Código Civil brasileiro, entretanto através desta pesquisa, far-se-á algumas distinções entre tais institutos que apesar de algumas semelhanças possuem requisitos diferentes.

Diante disso, o presente trabalho possibilitará conhecimento tanto por conceitos teóricos que serão apresentados, como doutrinários e julgados sobre o assunto.

Como objetivo geral buscou-se fazer um estudo sobre o instituto da responsabilidade civil pela perda de uma chance abordando alguns casos em que foi reconhecida e adotada esta teoria no âmbito judicial brasileiro.

De modo específico, será abordado o conceito doutrinário sobre o que é a responsabilidade civil pela perda de uma chance e suas peculiaridades; a aplicabilidade da Teoria da Perda de uma Chance no sistema judiciário brasileiro, através da apresentação de julgados sobre casos concretos, e os critérios adotados nas respectivas decisões.

O método de **pesquisa utilizado é o exploratório, alicerçado em estudos na doutrina, legislação e análise de julgados** sobre a responsabilidade civil pela perda da chance, partindo de uma revisão teórica bibliográfica composta pelos principais doutrinadores sobre o tema, com a finalidade de abordar os conceitos por eles defendidos.

## **1 CONSIDERAÇÕES INICIAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO**

A Responsabilidade Civil no Brasil teve forte influência no Código Civil Francês. Esta referência veio estampada no revogado Código Civil brasileiro de 1916, o qual previa, em seu art. 159 que: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. (BRASIL, 1916).

O diploma revogado de 1916, ainda estabelecia que a verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade seriam reguladas pelo disposto nos arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553.

A responsabilidade civil pós Código Civil de 2002 recebeu nova redação, estampada no art. 186 (CC/2002), que assim estabelece: “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.”.

Comparando os dispositivos nota-se que a conjunção alternativa “ou” foi substituída pela aditiva “e”, sendo assim o ato ilícito civil passa a ser o somatório de lesão de um direito e de um dano reparável. Deste modo, fora superada a ideia de ilícito civil pela simples presença de uma violação ao direito alheio, como constava da codificação anterior, é necessário, portanto, a incidência de um dano injusto passível de reparação. (TARTUCE, 2018, p. 60)

Conceituando Responsabilidade Stocco (2007, p. 114) preleciona que:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.

O conceito de responsabilidade como visto, guarda consonância com o próprio Estado Democrático de Direito ao garantir que nenhum cidadão será lesado sem a respectiva intervenção e tutela estatal.

Ao analisar o art. 186 do Código Civil percebe-se que o dispositivo elenca alguns pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, a saber: conduta culposa do agente, nexa causal, dano e culpa.

Contextualizando estes pressupostos Cavalieri Filho (2018, p. 19), explica que:

Sendo o ato ilícito, conforme já assinalado, o conjunto de pressupostos da responsabilidade, quais seriam esses pressupostos na responsabilidade subjetiva? Há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o da.110 e a respectiva relação de causalidade. Esses três elementos, apresentados pela doutrina francesa como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, podem ser claramente identificados no art. 186 do Código Civil, mediante simples análise do seu texto, a saber: a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia"; b) nexu causal, que vem expresso no verbo causar; e c) dano, revelado nas expressões "violar direito ou causar dano a outrem". (...)

Os pressupostos aqui examinados são comuns à responsabilidade contratual, com a única peculiaridade de ser a prova da culpa, nesse caso, limitada à demonstração de que a prestação foi descumprida.

Como visto a finalidade da Responsabilidade civil é a reparação do dano causado ao bem jurídico da vítima, que pode ser classificado como material causado diretamente à vítima ou seu patrimônio, ou ainda imaterial, ligados aos aspectos da personalidade como a honra, imagem, liberdade e etc.

## **2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL**

A ideia de responsabilização no âmbito civil está estampada no art. 186 do Código Civil que assim estabelece: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." (CC/2002).

O ato ilícito à que se refere o diploma civil relaciona-se com condutas ativas, omissivas, negligentes ou imprudentes infringida a outrem, nestes incluídas as exclusivamente morais.

Deste modo, conforme preleciona Gonçalves (2017, p. 55-56), o que evidencia a responsabilidade civil são quatro elementos essenciais:



A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. (...) a) Ação ou omissão – Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam. (...) b) Culpa ou dolo do agente – Todos concordam em que o art. 186 do Código Civil cogita do dolo logo no início: “ação ou omissão voluntária”, passando, em seguida, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”. O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico. c) Relação de causalidade – É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, *verbi gratia*, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele “causado” o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento. d) Dano – sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto (...).

Além dos pressupostos da conduta, há de ser considerada na responsabilidade civil a capacidade do sujeito que o pratica, ou seja, sua imputabilidade. Se o sujeito não possui condições psíquicas e não goza de plenas faculdades mentais, não pode responder por seus atos e tampouco reparar o dano. Entretanto, nestes casos, o Código Civil reservou esta obrigatoriedade de reparação civil aos curadores (art. 932, II do Código Civil). Em relação ao incapaz, este responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem

obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, sendo a sua aplicação equitativa e cabível se não privar o menor ou os seus responsáveis do necessário (art. 928, parágrafo único do Código Civil).

Outro fator a ser referenciado nos pressupostos reside no nexo de causalidade, uma vez que, nem tudo o que é ilícito é necessariamente danoso. Quando o art. 927 do Código Civil determina que: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, deixa claro que a obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem, há um verbo de ligação entre as duas condutas.

Do mesmo modo, quando o art. 186 fala em violar direito e causar dano, não há vinculação automática entre a ilicitude e a consequência indenizatória, podendo inclusive a primeira, receber diferentes resultados de ordem jurídica, como a perda de um direito material ou processual e nulidade do ato (CAVALIERI FILHO, 2018, p. 19).

Neste contexto, tem-se que a responsabilidade civil possui finalidades próprias de interesse da sociedade e coletividade, dentre as várias funções existentes, Tartuce (2018, p. 50), adota uma divisão tripartida, a saber:

Também sigo essa última divisão tripartida, e apenas faço algumas adaptações diante da minha visão do tema ora em estudo. De início, a respeito da função compensatória, não restam dúvidas da sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, em face da consagração do princípio da reparação integral dos danos, retirada do art. 944 do Código Civil e do art. 6.º, inc. VI, do CDC, dispositivos que serão oportunamente transcritos e estudados. Quanto à função punitiva, prefiro falar em função sancionatória e pedagógica. De fato, a indenização que deriva da responsabilidade civil funciona como uma sanção para aquele que viola a regra, seja ela legal ou contratual, trazendo essa um caráter indissociável de desestímulo para novas condutas ofensivas. Como ainda será desenvolvido no Capítulo 6 desta obra, que analisa o dano, não vejo na sua reparação, notadamente nos casos de danos morais, um caráter punitivo puro. Por fim, deve-se também reconhecer uma função preventiva da responsabilidade civil para que as condutas ofensivas não sejam admitidas. Por isso, categorias que formam o instituto da responsabilidade civil devem ser fortes o bastante para a inibição de novas práticas

atentatórias. Como ainda será aqui desenvolvido, os danos suportados pela vítima devem ser sempre reparados, e efetivamente reparados. A par dessa afirmação, como norte interpretativo que guiará este livro em momentos distintos, a responsabilidade civil deve se preocupar mais com a vítima do que com o ofensor.

Conforme entendimento do autor, a responsabilidade civil tem uma função compensatória, pois, o próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece a obrigação de indenizar todos os danos causados na sua integralidade, assim como tem uma função sancionatória e pedagógica, uma vez que ao estabelecer uma sanção, objetiva ensinar ao agente a não praticar os mesmos atos no futuro. Por último, traz uma função preventiva, haja vista que, com o conjunto das duas funções anteriores, busca frustrar atos danosos na sociedade de forma preventiva.

Por fim, há de se destacar que a responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva. Na responsabilidade subjetiva a culpa pressupõe fator determinante da responsabilidade civil, sendo assim, se não há culpa, não há responsabilidade. De outra sorte, na responsabilidade objetiva a própria lei obriga e impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação do dano sem a existência da culpa, onde basta existir o dano e o nexo de causalidade, que prescindem da culpa. (GONÇALVES, 2012, p. 377).

Tratar-se-á em seguida, nesta seara de responsabilidade civil, sobre a Teoria da Perda de uma Chance e sua aplicação nos Tribunais Superiores.

### **3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E JULGADOS SOBRE A PERDA DE UMA CHANCE.**

#### **3.1 Teoria da Perda de uma Chance: Conceito e Características**

A Perda de uma Chance é uma teoria recentemente aventada no ordenamento jurídico brasileiro, e se apresenta como matéria de responsabilidade civil a ser ainda amplamente debatida entre os doutrinadores e operadores do Direito.

Esta teoria surgiu na Europa na segunda metade do século XX, a partir da década de 60, e, posteriormente em países da *common law* como Inglaterra e Estados Unidos. (OLIVEIRA, 2015, p. 01)

Apresentando situação histórica onde a teoria fora aplicada pela Corte Francesa, Gondim (2019, p. 15) esclarece:

Dentre as decisões históricas adotando a teoria da perda de uma chance, tem-se o julgamento proferido em 1969, onde analisou-se o caso de um paciente que ao ser operado de apendicite, veio a falecer. O profissional responsável ao diagnosticar o paciente, agendou imediatamente uma cirurgia, sem realizar quaisquer exames pré-operatórios, o que por si só teria constatado a reação do paciente – causa de sua morte. O fundamento da indenização não foi o dano sofrido pela vítima - a sua morte, tendo em vista que o nexo causal não restou devidamente demonstrado para tanto. Contudo, existiam provas suficientes nos autos para embasar a causalidade entre a privação de sobrevivência do paciente em virtude da intervenção médica, fato este que segundo a Corte de Cassação Francesa é suficiente para indenizar.

A reparação implicada ao médico adveio da causalidade entre a privação da sobrevivência decorrente da intervenção médica, o debate no caso em tela, não residiu no evento morte, mas na impossibilidade do paciente sobreviver ante a ação médica imediata.

Pelo próprio significado da palavra, esta teoria é aplicada em situações em que uma pessoa perde a oportunidade de obter algum benefício futuro, decorrente de fato antijurídico que insurge uma reparação.

Conceituando a Teoria da Perda de uma Chance, Betiatto (2017, p. 10) explana:

No vernáculo, entendemos que a melhor tradução para o termo chance é oportunidade. Sendo assim, essa teoria fica mais bem entendida como sendo a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de determinado ato. No entanto, a oportunidade que é frustrada não é o benefício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria. Sendo assim, essa oportunidade no momento de sua perda, tem certo valor econômico que deverá ser indenizado, caso se possa identificar de que se trata de uma chance real e séria e não uma simples esperança subjetiva.

Por muito tempo esta teoria foi ignorada no Direito, eis que não era possível afirmar que sem o ato do ofensor a vantagem seria obtida, com o desenvolvimento

do estudo da estatística e probabilidade esta realidade mudou. Atualmente é possível predeterminar com uma aproximação razoável o valor de um dano que estava à mercê da própria sorte, ao ponto de se abstrair valor dotado de autonomia frente ao resultado definitivo (SAVI, 2012, p. 03).

Ao tratar das características desta teoria, Cavalieri Filho (2018, p. 81), preleciona:

Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por chance a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda.

De acordo com SAVI (2012, p. 31) esta perda somente seria indenizável quando: "(...) a chance perdida somente será indenizável nos casos em que se produza a prova de que a possibilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50%". Nota-se que o autor estabelece critério baseado em probabilidade para sua concessão, em que a vítima deverá comprovar que sua chance era maior que 50%, sob pena de ter seu pedido considerado improcedente.

A perda de uma chance, por vezes, está associada ao lucro cessante por considerar um bem ou interesse a ser obtido do futuro, e ao dano emergente quando este interesse ou bem já existir, mas que pode ser perdido. Entretanto, tais institutos são distintos. (TORRES; PEREIRA, 2015, p. 06).

Exemplificando os conceitos de lucro cessante e dano emergente, considerar-se-á que certa pessoa sofreu uma colisão de seu veículo por culpa do infrator, esta vítima deve ser indenizada pelo dano efetivo que sofreu, qual seja, perceber o valor do reparo do veículo e da sua desvalorização em razão do acidente, esta situação é considerada no direito civil, como dano emergente. Se esta vítima ficou vários dias sem condução e este fator lhe causou transtornos, a mesma terá direito ainda, a receber o período de que este bem ficou retido para conserto, esta segunda assertiva, trata-se do lucro cessante.

Se considerarmos que esta pessoa é um taxista, que depende do veículo para seu sustento, deverá ser contabilizado ainda a fêria média do período que ficou sem trabalhar. Desta feita, o dano emergente deve ser compreendido como o que

efetivamente se perdeu, e o lucro cessante aquilo que deixou de ganhar. (VENOSA, 2017, p. 685).

Já a perda de uma chance flexibiliza estes conceitos tradicionais de que o dano para ser indenizável deve ser direto e imediato. Nesta teoria, o dano pode consistir na destruição da possibilidade de um ganho, que embora incerto, apresenta características de plausibilidade e razoabilidade.

Exemplos práticos da teoria da perda de uma chance serão tratados oportunamente, mas de antemão, pode-se considerar o caso do advogado que perde os prazos judiciais de forma desidiosa e negligente, prejudicando o interesse do seu cliente em ter o seu interesse satisfeito, assim como em obstruções na progressão de carreira, e erros médicos.

Por se uma teoria recém-adotada no Brasil cumpre fazer um estudo de sua incidência nas situações fáticas apreciadas pelas Cortes Superiores.

### **3.2 Análise de Julgados sobre a Perda de uma Chance**

A responsabilização civil pela perda de uma chance foi aventada pela primeira vez no Brasil, no ano de 1990, pelo desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

Na ocasião da prolação do Acórdão proferido na Apelação Cível nº 598.069.996 (TJ/RS, 1990) o citado desembargador não reconheceu a responsabilização pela perda de uma chance, no caso *sub judice*, conforme se constata do excerto abaixo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NEVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA, APESAR DE NÃO SE TRATAR, NO CASO, DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E DE INDENIZAÇÃO POR PERDA DE UMA CHANCE.

O Tribunal, no caso referenciado entendeu que a hipermetropia e as cicatrizes na córnea decorreram de erro médico, fixando o nexo de causalidade entre o ato culposo do profissional e o dano final, não podendo neste caso incidir a teoria da perda de uma chance. Para o colegiado esta medida só seria possível se não houvesse nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado.

A partir desta discussão inicial, vários casos envolvendo a teoria da perda de uma chance bateram às portas do Judiciário, galgando às instâncias superiores como o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Nesta seara, insta trazer a lume o julgamento do Recurso Especial nº 788.459-BA (STJ, 2006), proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no caso relacionado à participação do recorrente no programa televisivo chamado "Show do Milhão". A perda de uma chance foi tratada de forma perfunctória, conforme se abstrai da Ementa abaixo:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.

2. Recurso conhecido e, em parte, provido.

Este programa de televisão trata-se de um jogo de perguntas e respostas, onde a cada pergunta respondida de maneira correta, o participante vai ascendendo ao jogo e aumentando proporcionalmente o valor recebido, até chegar ao montante máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Se o participante errar a resposta, perde todo o valor percebido até o momento.

Em seu relatório e voto, o Ministro-Relator transcreveu a pergunta feita à participante: "A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro?", e as alternativas foram postas em forma de percentuais. Para o ministro este questionamento não tem como ser respondido, pois, a Constituição Federal não determina o percentual do território brasileiro reservado aos índios. Ao reconhecer a incidência da teoria da perda de uma chance o ministro relator teceu as seguintes considerações:

(...) Não obstante, é de ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em

que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano. Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ao final, foi concedida a indenização em 25% (vinte e cinco por cento) do valor solicitado (R\$ 500.000,00) à autora, cujo cálculo considerou as 04 (quatro) alternativas existentes no jogo, em cotejo com a ciência das probabilidades.

De toda sorte, a teoria neste caso foi reconhecida, pela perda da oportunidade de receber a premiação máxima ante a impossibilidade de se responder a pergunta adequadamente.

A teoria da perda de chance pode ocorrer em danos de naturezas distintas, como patrimoniais e extrapatrimoniais, conforme reconheceu o Superior Tribunal de Justiça no Acórdão exarado no Recurso Especial nº 1.079.1850-MG (STJ, 2009):

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não



se trata, portanto, de reparar a perda 'de uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- a perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STJ, Recurso Especial não conhecido.

A negligência pelo advogado é um clássico exemplo de responsabilidade civil pela perda de uma chance, mas deve restar evidenciada a desídia do profissional em sua atuação. Não se pode olvidar a aplicação da teoria quando o profissional operou de forma assertiva, porém o resultado não foi o esperado pelo cliente. Há de se distinguir, portanto, as duas situações, a perda de uma chance só pode ser aventada para situações sérias e reais.

A relatora ainda afirma em seu voto que, a depender do caso, a perda de uma chance além de representar um dano material, poderá ser fator de dano moral, e inadmitte de forma veemente o dano da perda de uma chance, como sendo exclusivamente moral.

No tocante às decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da Teoria da perda de uma chance, Savi (2012, p. 85) considera a proferida no Recurso Especial nº 1.190.180-RS, uma das mais importantes, haja vista que, para além de ratificar o entendimento daquela corte, ainda abordou questão controversa sobre a possibilidade de o juiz condenar o réu ao pagamento de indenização pela perda de uma chance, quando o pedido formulado pelo autor é certo, determinado e não contempla pedido de indenização desta natureza.

Para melhor compreensão, segue a Ementa da decisão em sede do Recurso Especial nº 1.190.180-RS (STJ, 2010):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO. 1. A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. 2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da "perda de uma chance" devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa. 3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

Percebe-se que o julgador faz clara distinção entre a perda de uma chance não está inserida no campo do dano emergente e tampouco do lucro cessante, ele o insere como intermediário destes e o individualiza. Fortalece ainda que a perda deve ser real e séria, e que o ato ilícito foi fator determinante para frustrar as chances da vítima em obter alguma vantagem ou benefício futuro.

Deixou claro ainda a necessidade se fazer uma análise detida das chances reais do cliente em obter êxito no processo, quando se tratar de lide envolvendo negligência no exercício da advocacia.

Ao comentar a parte final do *decisum*, SAVI (2012, p. 86), afirma que:

Como o autor da ação não formulou qualquer pedido de indenização por danos morais, tampouco pelos danos decorrentes da perda de uma chance, os advogados réus recorreram ao Superior Tribunal de Justiça alegando que o julgado do TJRS era extra petita. Em outras palavras, como o pedido formulado foi certo e determinado de indenização pelos danos materiais equivalentes ao montante que estava sendo executado e não havia pedido de indenização por danos morais, aquele tribunal não poderia fixar qualquer indenização a este título.

Diante da inexistência de pedido de indenização por danos morais formulado pelo autor, o STJ reconheceu que o acórdão do TJRS estava viciado, por ter proferido julgamento extra petita.

Nota-se que o grande problema foi que o autor fez pedido determinado, em se tratando de situações que incidem probabilidades, o mais seguro seria fazer pedidos alternativos e mais abrangentes.

Quanto ao entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, o material ainda é escasso, destarte, para José Filho (2015, p. 23-24), a Corte Suprema mostrou-se favorável à sua aplicação, com a edição da Súmula nº 491 que assim estabelece: "é indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Tecendo suas considerações sobre a súmula, o autor esclarece que:

Ora, sempre que se adota um raciocínio desse nível, há elementos de certeza e de probabilidade no julgamento. A ideia do entendimento contido na referida Súmula visa não só

a perda da ajuda (chance) futura que o menor poderia vir a proporcionar, mas também a indenização de um dano moral pela perda de satisfações fraternais lícitas e não apenas alimentares.

Seguindo esta premissa, com a edição da súmula o Supremo Tribunal Federal já estaria sinalizando o reconhecimento da teoria da perda de uma chance. Não obstante as aplicações preliminares sobre o assunto, muito ainda há de ser discutido na seara acadêmica e jurisprudencial.

#### **4 CONCLUSÃO**

A perda de uma chance não possui previsão legal, mas vem conquistando muitos adeptos, tanto por parte da doutrina, quanto da jurisprudência.

Refere-se à perda de uma oportunidade de se obter determinada vantagem ou evitar certo prejuízo, provocada por um terceiro, que passa a ter o dever de repará-lo.

Esta teoria, portanto, está inserida no campo da Responsabilidade Civil, onde o ato ilícito praticado por meio de condutas ativas, omissivas, negligentes ou imprudentes é indenizável.

Embora muitos associem a perda de uma chance ao dano emergente e lucro cessante, trata-se de institutos distintos, uma vez que a primeira veio para flexibilizar estes conceitos tradicionais de que o dano para ser indenizável deve ser direto e imediato, e valorizar a ciência das probabilidades na análise fática.

Para grande parte da doutrina, a indenização pela perda de uma chance somente poderia ser concedida se a vítima conseguir comprovar que a probabilidade de obter êxito no que se esperava, era maior que 50% (cinquenta por cento), sob pena de ter seu pedido considerado improcedente.

Por ser uma teoria recentemente aventada no ordenamento jurídico brasileiro, o arcabouço jurisprudencial e doutrinário ainda é escasso, no entanto, ao analisar decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a aplicação da perda de uma chance vem ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro.

Em geral, a Corte tem reconhecido esta incidência para reparar um dano material e extrapatrimonial, desde que esta perda seja séria e real, e que o ato ilícito

se mostre fator determinante para frustrar as chances da vítima em obter alguma vantagem ou benefício futuro, embora não haja uniformização de entendimento.

Implica ainda a necessidade se de aprofundar na análise das probabilidades e estatísticas no caso concreto para determinar a aplicabilidade da teoria, a exemplo da probabilidade da obtenção de êxito no processo originário, quando se tratar de questões afetas ao exercício negligente da advocacia.

Em que pese ser matéria já aplicada em muitas situações fáticas, a teoria da perda de uma chance carece de extensa discussão doutrinária e jurisprudencial, notadamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, visando à padronização de seus critérios, conceitos e delimitações, haja vista que, por ser indenizável, há de se estabelecer que espécie de dano a teoria estaria a se referir; se a chance perdida é um dano patrimonial ou moral.

A finalidade deste trabalho é fomentar o debate e contribuir com a comunidade acadêmica e os operadores do Direito, sob a perspectiva de um estudo teórico doutrinário, voltado para a observação das referências jurisprudenciais frente às situações fáticas, sem, no entanto, exaurir a matéria.

## REFERÊNCIAS

BETIATTO, Aline. **Teoria da Perda de uma Chance**. 2017. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/teoria-da-perda-de-uma-chance/#:~:text=A%20teoria%20da%20perda%20de%20uma%20chance%20consiste%20essencialmente%20na,experimentada%20por%20uma%20conduta%20lesiva.> > Acesso em: 26 set. 2020.

BRASIL. Lei 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Revogado pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 jan. 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 04 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459-BA**. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 13 de março de 2006. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9-stj/relatorio-e-voto-12902300> > Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.1850-MG**. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. 04 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062205/recurso-especial-resp-1079185-mg-2008-0168439-5-stj/relatorio-e-voto-12198515>> Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.190.180-RS**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 22 de novembro de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num\\_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1020806&num_registro=201000685378&data=20101122&formato=PDF)> Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que deu provimento parcial**. Apelação Cível nº 598.069.9960. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. 12 de junho de 1990. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5309479/apelacao-civel-ac-589069996-rs-tjrs>>. Acesso em: 02 out. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade Civil: Teoria da Perda de uma Chance**. 2019. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/331170877\\_RESPONSABILIDADE\\_CIVIL\\_Teoria\\_da\\_Perda\\_de\\_uma\\_Chance](https://www.researchgate.net/publication/331170877_RESPONSABILIDADE_CIVIL_Teoria_da_Perda_de_uma_Chance)> Acesso em: 27 set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, Volume 4: responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Esquematizado, volume I**. São Paulo: Saraiva, 2012.

**JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo**. A Receptividade da Teoria da Perda de uma Chance pelo Direito Brasileiro. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41824/a-receptividade-da-teoria-da-perda-de-uma-chance-pelo-direito-brasileiro>> **Acesso em: 01 out. 2020.**

OLIVEIRA, Marcello Faria de. **Teoria da Perda de uma Chance**. 2015. Disponível em: <<https://marcellofaria.jusbrasil.com.br/artigos/307943983/teoria-da-perda-de-uma-chance>> Acesso em: 26 set. 2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TORRES, Felipe Soares; PEREIRA, Agnoclébia Santos. **O Dano decorrente da perda de uma chance**: questões problemáticas. n. 958, ago. 2015. Disponível em: < <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/19255> > Acesso em: 26 out. 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOTAS:

[1] MOTA, Karine Alves Gonçalves, Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail [prof.karinemota@fasec.edu.br](mailto:prof.karinemota@fasec.edu.br)

## A RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A RELAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS

**DALIANE NATÉRCIA SANTOS VIÉGAS:**

Graduanda em direito 10º; Orientador: Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988)

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO[1]

(orientador)

**RESUMO:** A responsabilidade pós-contratual, que transporta consigo uma fase mais implícita do cumprimento da obrigação, deve ser igualmente apreciada tal como o período “pré” e simultâneo ao negócio jurídico. Diante da sua aplicação no direito pátrio, o ordenamento jurídico brasileiro ainda é escasso ao configurar a caracterização da responsabilidade pós-negocial. Assim, é possível desencadear seus reflexos caso se verifique que houve a cessação das cláusulas negociais, mesmo que não expressas, mas necessárias para o alcance perfeito da vontade do contrato. Portanto, a identificação da responsabilidade pós-contratual é de inteira necessidade, importando na efetividade dos interesses dos contratantes, mesmo após a extinção do adimplemento.

**Palavras-chave:** Responsabilidade pós-contratual. Princípios regentes. Contratos.

**ABSTRACT:** Post-contractual liability, which carries with it a more implicit phase of compliance with the obligation, must also be assessed just like the “pre” and simultaneous period with the legal business. In view of its application in Brazilian law, the Brazilian legal system is still scarce when configuring the characterization of post-business responsibility. Thus, it is possible to trigger its reflexes if it turns out that there was a cessation of the negotiating clauses, even if not expressed, but required for the perfect achievement of the contract's will. Therefore, the identification of post-contractual responsibility is of certain necessity, regardless of the effectiveness of the contracting processes, even after the termination of the performance.

**Keywords:** Post-contractual liability. Governing principles. Contracts.

**SUMÁRIO:** 1. Princípios regentes dos contratos. 1.1 Da autonomia da vontade; 1.2 Da função social do contrato; 1.3 Da boa-fé objetiva; 2. A responsabilidade pós-contratual. 2.1 Breves comentários à responsabilidade pré-contratual. 2.2. Dos deveres anexos, secundários ou instrumentais. 2.3 Teoria da *culpa post factum finitum* e sua aplicação no direito brasileiro.



## INTRODUÇÃO

A responsabilidade pré-contratual e a que gravita simultaneamente à execução do contrato são, hoje, reconhecidas pela doutrina, jurisprudência e demais fontes do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, em relação à pós-contratualidade, ainda se vê timidez no debate sobre a delimitação e o alcance da responsabilidade no momento posterior depois de cumprida a obrigação principal.

Tal fato reside na pouca atenção dada à temática, e, quando enfrentada pelo Poder Judiciário, na pulverização de uma corrente, gerando certa disparidade entre entendimentos dos tribunais.

A contratualidade é regida por diversos princípios, como norteadores na persecução de atender às vontades solidificadas pelos contraentes em um contrato. A boa-fé objetiva, já consolidada no direito brasileiro, é indeclinável para o atingimento dessa finalidade. Quando não observada, gera, portanto, a responsabilidade daquele que a rechaçou, causando, portanto, controvérsias que pouco a pouco vêm sendo dirimidas.

Em razão disso, calha, *ab initio*, colocar em voga os princípios regentes que permeiam o direito contratual, como a autonomia da vontade, a função social do contrato, bem como observar o destaque da boa-fé objetiva sendo um valor principiológico fulcral, para a satisfação plena de todos os envolvidos no contrato pactuado.

Assim, após a passagem sobre os princípios, serão voltadas as atenções sobre a responsabilidade pós-contratual, sem antes serem tecidos indagações acerca da pré-contratual, perpassando acerca da violação aos deveres anexos ou também chamados de secundários ou instrumentais, finalizando com uma teoria da responsabilidade pós-contratual, advinda da doutrina alemã, cuja aplicação no direito pátrio aos poucos começa a dar sinais de concretização, sendo, quem sabe, futuramente, objeto de positivação do legislador.

### 1. PRINCÍPIOS REGENTES DOS CONTRATOS

Os princípios, à guisa de forma ampla, sob um aspecto mais retrógrado, eram vistos como valores que carregavam somente o condão de nortear a norma jurídica, sem vinculação ou até mesmo sanção em caso da sua não observância. No direito hodierno, os valores principiológicos ganham posição de destaque, quase que central, principalmente aqueles oriundos das cartas constitucionais.

No âmbito do Direito Civil, embora arraigado de mandamentos constitucionais, Schreiber[2] destaca que estes foram, por muito tempo,

considerados como princípios gerais do direito, cujo exegeta só poderia usurpá-los para sua aplicação em casos de ausência de norma específica do Código Civil, tornando sua viabilidade subsidiária, não antes de já ter sido buscado suprimento dessa lacuna através da analogia e dos costumes.

### **1.1. Da autonomia da vontade**

O direito contratual tem relação umbilical com os direitos pessoais, visto que se trata de uma solidificação do desejo em celebrar um negócio jurídico com outrem. Calha frisar que esta concepção de contrato que se faz presente atualmente advém de uma vasta mutação histórica.

O contrato é, também, interligado com os direitos obrigacionais, tanto que nessa evolução acerca dos períodos, o que era válido para a obrigação do negócio jurídico celebrado com outrem era o que estava descrito no contrato, valendo como “previsão sagrada”. A frase repetida em muito nos bancos das universidades: “O contrato faz lei entre as partes”.

Também vale destacar que o direito a celebrar contrato com quem sua autonomia permite e anseia, deriva da liberdade conferida aos particulares, como princípio quase que fundamental. É um direito, sobretudo, central. Liberdade essa, como vontade, que necessita ser exteriorizada, caso contrário, nada mais do que uma agitação no íntimo da pessoa[3].

A pessoa tem a autonomia de contratar com quem desejar, ficando esse critério à sua escolha, mas com algumas limitações, em determinados casos, previstas até por lei, já que, como é pacífico no direito, nada tem o poder absoluto se nem mesmo a vida. Exemplo de limitação está previsto no artigo 497 do Códex Civil, que reza:

Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos

sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

O conceito de autonomia da vontade foi amplamente superado pelo de fato de este dar vazão à ideia de subjetividade, em que levava o aspecto abstrato. Já o conceito de autonomia privada advém da objetividade e concretude da pessoa humana à realização dos negócios contratuais. A vontade, antes fonte de ênfase com início da formação dos contratos, perde força e dar lugar à autonomia privada, preceito que dá sentido à pessoa humana e não apenas à vontade.

Estar em contato com o direito à autonomia privada não faz com que esse princípio seja ilimitado face à vontade da função social dos contratos. Serve apenas como atenuante para, de certa forma, obstar e garantir a dignidade para que todas as pessoas possíveis possam gozar do privilégio de realizar um contrato e adquirir bens patrimoniais.

A composição contratual atualmente é uma combinação de princípios. Se, de um lado, nós temos a autonomia privada em uma ponta da formação do contrato, em outra, temos a limitação de regras estatais que dirigem a relação contratual. Na hipótese de que todos são livres para contratar, para pactuar o contrato de fato, não há a mesma prevalência na liberdade contratual, já que se considera, através dela, a faculdade de se dispor livremente dos seus interesses pela parte[4].

Não há mais a cristalina vontade apenas em que se coloca como fator principal entre as partes, mas há composições que os norteiam e modificam sem exatamente atender à vontade total dos contratantes. É factível que dentro de um contrato há leis em que no silêncio da pactuação irão ser utilizadas, todas positivadas pelo Estado, o que de uma forma mais clara, interfere na relação privada.

Como é cediço, o contrato passa a deixar de ser mais individualista no sentido de atender apenas aos anseios dos contratantes e passa a fazer parte de uma finalidade social, em que se garante a proibição da formação caso esta não seja atendida.

O Poder Judiciário não será provocado apenas na apuração dos itens pactuados, mas desde a sua concepção. Um contrato que venha a entrar em colisão com a função social do direito contratual, ainda que atenda aos interesses dos contratantes, não será considerado válido, já que aquela pugna para que os acordos

de vontade sintonizem na mesma direção que os interesses sociais, obstando o abuso de direito[5].

Vale frisar, que por muitas das vezes, na celebração de um contrato, há partes que destoam da equidade, em que uma detém o poderio econômico superior, fazendo com que esta tenha o domínio – dentro da lei – do contrato. Nesse quesito, o princípio da autonomia da vontade, de certa forma estará reduzido, posto que a parte financeira mais forte irá se sobrepor, mesmo que seguindo os ditames legais.

Assim, o Estado, por estar cumprindo com sua função de estabilização da ordem pública, mesmo que queira se abster, não pode deixar de prestar auxílio às partes economicamente inferiores, tanto é que estamos diante das normas, por exemplo, que regulam o direito do consumidor. Fato é que a autonomia privada é requisito essencial dos contratos, mas não exclusivo, muito menos ilimitado.

## **1.2. Da função social do contrato**

Quando estamos analisando, dentro do conceito de contrato, a função social, devemos nos ater à finalidade a qual se destina esse princípio. Os ordenamentos jurídicos mais modernos, inclusive, têm abrandado suas normas cogentes, no bojo das contratações, com o fito de evitar lesões[6].

Trata-se não apenas de valores axiológicos, mas de caráter oriundo de ordem estatal, prevista, inclusive no próprio Código Civil Brasileiro, mais especificamente no artigo 2.035.

É possível inferir que nenhuma pactuação poderá se sobrepor aos valores preceituados naquele contexto social, tal como suas garantias e direitos conferidos e conquistados. Dela também se deriva a ideia de limitação à obrigatoriedade infinita dos contratos, principalmente em relativização do *pacta sunt servanda*, já que almeja que aquele pacto agregue à coletividade como um todo. Assim, se o contrato está sendo servo ou de apêndice para apenas uma das partes, ele não cumpre sua função social, necessitando ser corrigido[7].

A função social tem como objetivo retirar dos contratos o gesso posto pela liberdade irrestrita do direito privado, tornando aquela pactuação uma forma mais humana de chegar à realização de um contrato. Assim, refletindo os valores coletivos em razão dos individuais, sem, contudo, lançar mão da dignidade humana[8].

Além disso, é de se frisar que o artigo 421 do Código Civil reza: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Conforme dito já, o artigo 421, do mesmo diploma, foi modificado pela chamada “lei da liberdade

econômica” em que diversos dispositivos, dentre eles, do Código Civil, foram alterados.

Quando tratamos da liberdade de contratar, há denotação de liberdade irrestrita, sem limites e que apenas visa o contrato entre as partes e nada mais, sem sequer se preocupar com o contexto social.

Todavia, quando estamos diante de uma sociedade que vem modificando os contratos e adequando à sua realidade, a expressão liberdade contratual é mais adequada, isto porque, tem ligação com o conteúdo dos negócios jurídicos, e se conduz, junto em sua formação, com o contexto e a finalidade social coletiva.

Superado o conceito de eficácia, a evolução da proteção conferida à função social tem papel relevante na historicidade da formação dos contratos, portanto, princípio de caráter fundamental.

### **1.3. Da boa-fé objetiva**

No antigo código de 1916, uma das grandes inovações foi o surgimento positivado do princípio da boa-fé objetiva, trazida expressamente pelo atual Código Civil vigente desde 2003. Em plano anterior, a previsão da boa-fé além de não estar conjunta com a objetividade, trazia como escopo apenas a relação da vontade do sujeito quando este estava a tratar sobre posses. O legislador até ameaçou desatar o conceito exato da boa-fé, mas deixou a tarefa a cargo do intérprete[9].

É até possível verificar que a boa-fé, antes de qualquer coisa, é uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Traduzindo-se em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente[10].

Cleyson de Moraes Mello[11] destaca que o princípio da boa-fé, em razão de constituir uma cláusula geral, não se apresenta pronto e acabado (tipo *“self-executing”*) estando apto a ser aplicado pelo julgador. Pelo contrário, carece ainda de uma concreção ou concretização hermenêutica a ser efetuada pelo juiz, levando em consideração todas as especificidades do caso concreto decidendo, em especial, as exigências fundamentais da ética jurídica.

O princípio em comento é balizador também – e principalmente – nas relações consumeristas, visto que a sua aplicação é de maneira geral a ambas as partes, tornando uma solidariedade contratual com base na boa-fé objetiva.

## 2. A RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL

A responsabilidade tem, embora não objeto do presente trabalho, intrínseca ligação com o direito das obrigações. Segundo Venosa[12], a obrigação jurídica é aquela protegida pelo ente estatal, que lhe dá a garantia da coerção no cumprimento, sendo dependente de uma norma, lei, contrato ou um negócio jurídico, havendo, portanto, por detrás, todo um ordenamento que deixa a obrigação submissa a diversas regras de conduta. Quando tais regras não são cumpridas, havendo lesão a outrem, diz-se que nasce dali uma responsabilidade.

É pacífico, portanto, a responsabilidade na execução do negócio jurídico, todavia, ainda é de certa obscuridade qual o limite da responsabilidade na fase pós-contratual, depois de esgotada a obrigação, razão pela qual será escrutinada nos tópicos a seguir.

### 2.1. Breves comentários à responsabilidade pré-contratual

O artigo 422 do Código Civil arremete que no pacto contratual, “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Tal premissa, em análise sumária, nos deixa uma lacuna acerca da responsabilidade pré-contratual, já que o texto legislativo especifica a parte da execução e, de certa forma, a conclusão do contrato, presumindo ser a fase pós-contratual. Contudo, o legislador não se preocupou na preservação dos direitos ligados à fase pré-contratual, papel que coube à doutrina e à jurisprudência.

Antônio Junqueira de Azevedo apud Gonçalves[13], inclusive trata do tema, “pois só dispõe sobre dois momentos: conclusão do contrato – isto é, o momento em que o contrato se faz – e execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes”.

Uma grande notoriedade no ordenamento jurídico pátrio, principalmente na relação pré-contratual em que a responsabilidade emerge, é a do conhecido *caso dos tomates*. Embora o cerne da questão esteja aflorado sob a ótica da presença da boa-fé objetiva, percebe-se que a responsabilidade pré-contratual, ainda que eivada de qualquer formalidade, foi considerada existente neste emblemático *case*, cuja ementa se segue:

CONTRATO. TEORIA DA APARENCIA. INADIMPLEMENTO. O TRATO, CONTIDO NA INTENCAO, CONFIGURA CONTRATO, PORQUANTO OS PRODUTORES, NOS ANOS ANTERIORES, PLANTARAM PARA A CICA, E NAO TINHAM POR QUE

PLANTAR, SEM A GARANTIA DA COMPRA. (RESUMO ESTRUTURADO): COMPANHIA INDUSTRIAL DE CONSERVAS ALIMENTÍCIAS - CICA PLANTACAO DE TOMATES (INDENIZACAO) 1. DIREITO CIVIL. OBRIGACOES. 2. INDENIZACAO. - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. - COMPROVADO. - TEORIA DA APARENCIA. APLICACAO. - EXISTENCIA DO CONTRATO. TRATO CONTIDO NA INTENCAO. CONFIGURACAO DE CONTRATO. - PROMESSA DE COMPRA DE SAFRA FUTURA. 3. COMPRA E VENDA. VENDA FUTURA. PROMESSA DE COMPRA DE SAFRA FUTURA. 4. CONTRATO. - INADIMPLEMENTO. EFEITOS. - PRE-CONTRATO. RESPONSABILIDADE PRE-CONTRATUAL. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. (Embargos Infringentes Nº 591083357, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adalberto Libório Barros, Julgado em 01/11/1991).[14]

Assim, embora ainda não celebrado nenhum contrato formal, a mera expectativa criada sendo desrespeitada, abre o precedente para sua responsabilização, como tem adotado a doutrina, inclusive na intervenção do Estado, através do Poder Judiciário[15].

## **2.2. Dos deveres anexos, secundários ou instrumentais**

Consoante aventado, a boa-fé objetiva é uma personificação que desagua do plano intencional e passa a ocupar o plano de conduta entre as partes, tal como a a lealdade. Consoante Schreiber[16], a conjectura da boa-fé é tríplice, e uma dessas nos remete à função criadora de deveres anexos à prestação principal.

É, inclusive — conquanto direcionado ao aplicador da lei — o que foi aprovado no enunciado de n. 26, na jornada de Direito Civil[17]: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.”

A boa-fé tem intrínseca relação com a observação dos deveres anexos ou laterais de conduta, já que são considerados o dever de cuidado, respeito, o dever de informar, de agir conforme a confiança depositada, lealdade e probidade, colaboração ou cooperação, agir com honestidade[18].

A não observância dos deveres anexos, secundários ou instrumentais de conduta, reflete na violação ao pactuado no contrato ou na obrigação, gerando uma

responsabilidade para quem assim os descumprem. É, pois, observado no enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil[19], que prevê: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

### **2.3. Teoria da *culpa post pactum finitum* e sua aplicação no direito brasileiro**

A teoria da *culpa post pactum* tem suas raízes advindas do direito alemão. Segundo estudos de Antonio Junqueira de Azevedo apud Tartuce[20], essa aplicação da boa-fé resulta na referida teoria, na fase pós-contratual. É nada menos que o descumprimento dos deveres laterais carregados junto com os principais.

O descumprimento da obrigação lateral pelos contratantes, na responsabilidade pós-contratual, pode ser simplesmente evidenciado, em exemplo rotineiro, quando o credor tem o dever de retirar o nome do devedor, após o débito adimplido, dos cadastros de restrição de crédito. Tal conduta, ou no caso, a falta dela, agride a lealdade que deve ser observada durante todas as fases do negócio jurídico.

Embora estejamos no âmago do direito civil, não raras vezes, a aplicação da referida teoria ganhou notoriedade pelos tribunais pátrios, como, por exemplo, no Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO. CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ANEXO DE LEALDADE. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RESPONSABILIDADE PÓS-CONTRATUAL. CULPA POST PACTUM FINITUM. [...] Posto isso, é salutar mencionar a evolução do direito obrigacional brasileiro que, sob o prisma desses princípios constitucionais, consagrou expressamente a cláusula geral da boa-fé objetiva (art. 422), que possibilita verdadeiro progresso e aperfeiçoamento na construção do ordenamento jurídico; moderniza a atividade jurisdicional, na busca do ideal de justiça, por permitir ao órgão julgador a solução de problemas a partir da valoração dos fatos e concretização do que, até então, se pautava no plano da subjetividade dos sujeitos integrantes da relação jurídica, na perspectiva meramente individual, portanto, particularmente no que diz respeito à função criadora de direitos e não apenas interpretativa. Isso porque sua base



inspiradora é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na medida em que o ser humano, como sujeito de direitos, pratica atos que, à luz dos mandamentos constitucionais, devem estar adequados à sua própria dignidade, da qual é, ao mesmo tempo, detentor e destinatário, fundamento e inspiração, origem e destino. Referido postulado impõe na relação contratual a noção de comportamento das partes pautado na honestidade, transparência e, principalmente, na lealdade e na confiança que depositam quando da celebração de um contrato. E de tal reconhecimento tem-se por conclusivo que em todos os contratos existem os chamados deveres anexos. É pacífico na doutrina e jurisprudência que a boa-fé objetiva tem ampla incidência em todas as fases da relação obrigacional, em razão de que os contratantes devem seguir seus ditames – lealdade e confiança – na celebração, na execução ou extinção da relação jurídica. Do exercício da função criativa decorre que, além dos deveres principais, devem nortear a relação contratual os deveres de informação, proteção e lealdade, tradicionalmente exemplificados pela doutrina e jurisprudência como sendo alguns dos deveres anexos ou de consideração, decorrentes da chamada complexidade intraobrigacional. Dinâmicos por natureza, referidos deveres impõem um padrão de conduta minimamente ético que deve se estender mesmo após o término da relação contratual. Caso contrário, ou seja, violado um dever específico de boa-fé, exsurge a responsabilidade pós-contratual, a chamada culpa post pactum finitum. (TST - RR: 798006020085020020, Relator: Claudio Mascarenhas Brandao, Data de Julgamento: 14/05/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: 16/05/2014).

Segundo Sciehber[21], o cumprimento da prestação não elimina a responsabilidade que ocasionalmente surgir através de fatos posteriores aos quais possam comprometer a realização do interesse consubstanciado no contrato.

Essa responsabilidade vem no sentido de dar, em caráter imperioso, a obrigação das partes se comportarem de maneira leal, mesmo após o cumprimento da obrigação principal, sem que venha qualquer fato posterior frustrar algum efeito contratual pactuado.

Há parte da doutrina que enxerga em como uma responsabilidade de natureza endocontratual, cuja teoria baseia-se na pós-eficácia das obrigações. Entretanto, outros autores entendem ser extracontratual.

Sendo, portanto, objeto ainda de muita contenda, embora seja salutar para o desenvolvimento desta temática para assegurar maior segurança jurídica entre os contraentes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Inegável que a configuração da responsabilidade pós-contratual demanda um certo impasse, pois, segundo a doutrina, a caracterização do limite onde se deixa ou não de observar os deveres acessórios ainda é algo embaraçado. Tal cenário, realmente mais denso, persiste porquanto se discute pouco o conceito.

Deve, dentre diversas alternativas, a jurisprudência começar a tomar um posicionamento mais unísono, para que, de certa forma, seja objeto de reflexão na vontade do legislador em normatizar a sua aplicabilidade.

*A culpa post pactum finitum* é de extrema importância. A satisfação dos contratantes deve ser plena, englobando todo o processo negocial, inclusive *a posteriori*. Quando a ausência de previsão legal de um tema de tamanha se estende pelo tempo, há das mais variadas controvérsias em todas as esferas do direito, consoante vimos durante este presente artigo até mesmo no seio do direito laboral, já que relação entre empregado e empregador é contratual, todavia tutelada por regras especiais das regras civis.

Logo, a utilização da responsabilidade pós-contratual dever ser averiguada à luz da boa-fé objetiva, principalmente, e dos demais princípios que norteiam o direito contratual, caso contrário o contrato deixa de cumprir o seu objetivo principal, que é o íntegro contentamento de todos os envolvidos no negócio jurídico firmado.

## **REFERÊNCIAS**

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. – 4. ed. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5441553/embargos-infringentes-ei-591083357-rs-tjrs>. Acesso em: 08 de setembro de 2020.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado n. 24. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acessado em 07 de outubro de 2020.

FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado n. 26. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acessado em 07 de outubro de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - V.4: contratos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: volume 3: contratos e atos unilaterais**. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: contratos**. – 2. ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. – 8. ed. 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3, 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. rev, atual. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

NOTAS:

[1]Orientador. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988). Advogado militante na Comarca de Manaus. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pela Universidade Nilton Lins - UNINILTON LINS (1999). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

[2] SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 118.

- [3] HUPSEL, Francisco. **Autonomia Privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 120.
- [4] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral dos contratos**. – 4. ed. 2019, p. 31.
- [5] NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 3: Contratos**. – 8. ed. 2016, p. 56.
- [6] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: contratos típicos e atípicos**. 2019, p. 40.
- [7] SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed. 2020, p. 605-606.
- [8] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 3: contratos e atos unilaterais. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 37.
- [9] SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed. 2020, p. 599
- [10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil - V.4**: contratos. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019, p. 117
- [11] MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: contratos**. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017, p. 227
- [12] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 569.
- [13] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: volume 3: contratos e atos unilaterais. – 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 37.
- [14] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5441553/embargos-infringentes-ei-591083357-rs-tjrs>. Acesso em: 08 de setembro de 2020.
- [15] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. rev, atual. 2020, p. 914.
- [16] SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed. 2020, p. 599.

[17] FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado n. 26. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/672>. Acessado em 07 de outubro de 2020.

[18] TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. rev, atual. 2020, p. 648.

[19] FEDERAL, Conselho da justiça. Enunciado n. 24. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>. Acessado em 07 de outubro de 2020.

[20] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie** – v. 3, 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 518.

[21] SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. – 3. ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020, p. 414.

## **ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: SUAS INCIDÊNCIAS E PERSPECTIVAS**

**GIESY MARINHO ISPER:** Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

**RESUMO:** A pesquisa abordará acerca do assédio sexual nas relações trabalhistas, com enfoque em suas incidências e perspectivas, tendo como objetivos: Analisar as medidas que devem ser adotadas pela pessoa assediada no ambiente de trabalho, além de demonstrar brevemente questões históricas do direito do trabalho no Brasil, verificar as legislações brasileiras acerca do assédio sexual e descrever o entendimento jurisprudencial acerca do tema. O problema da pesquisa é: Quais são as responsabilidades do assediador sobre o dano causado ao assediado?. O assédio sexual é uma prática ilícita que, acontece em diversos ambientes de trabalho, que causa no assediado constrangimento de tal modo que ocasiona ocultação de sua publicação. Uma das medidas que devem ser tomadas diante da ocorrência de assédio sexual, é a quebra de silêncio, ou seja, a vítima deve comunicar o ato, para que seja providenciado a responsabilização do assediador. Em ações trabalhistas, há a incidência de três tipos de processos, aqueles em que o assediado requer danos morais, ou pedem rescisão indireta e, ainda aqueles que solicitam a demissão por justa causa daqueles que causaram o dano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assédio Sexual. Relações. Trabalhista.

**ABSTRACT:** The research will address sexual harassment in labor relations, focusing on its incidences and perspectives, with the following objectives: Analyzing the measures that should be adopted by the person harassed in the workplace, in addition to briefly demonstrating historical issues of labor law in Brazil, verify the Brazilian legislation on sexual harassment and describe the jurisprudential understanding on the subject. The research problem is: What are the harasser's responsibilities regarding the damage caused to the harassed person?. Sexual harassment is an illegal practice that occurs in different work environments, which causes harassment to be harassed in such a way that it hides its publication. One of the measures that must be taken in the face of the occurrence of sexual harassment is the breaking of silence, that is, the victim must communicate the act, so that the harasser is held responsible. In labor lawsuits, there are three types of lawsuits, those in which the harassed person requires moral damages, or ask for indirect termination, and also those who request the dismissal for cause of those who caused the damage.

**KEYWORDS:** Sexual harassment. Relations. Labor.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Noções históricas do Direito do Trabalho no Brasil; 3 Assédio Sexual; 4 Princípio da liberdade no ambiente de trabalho; 5 Assédio sexual no ambiente de trabalho: responsabilidades e medidas a serem tomadas; 6. Conclusão; 7. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

A pesquisa abordará acerca do assédio sexual nas relações trabalhistas, com enfoque em suas incidências e perspectivas, tendo como objetivos: Analisar as medidas que devem ser adotadas pela pessoa assediada no ambiente de trabalho, além de demonstrar brevemente questões históricas do direito do trabalho no Brasil, verificar as legislações brasileiras acerca do assédio sexual e descrever o entendimento jurisprudencial acerca do tema.

O problema da pesquisa é: Quais são as responsabilidades do assediador sobre o dano causado ao assediado?

O assédio sexual importa no cerceamento do direito individual de livre disposição do seu próprio corpo, caracterizando-se como uma conduta discriminatória vedada juridicamente, através de um pedido de favores sexuais, de maneira direta ou indireta, verbal ou não verbal, sob o oferecimento de vantagens caso a pessoa se submeta ou ameça se ocorrer a recusa.

Portanto, o assédio sexual configura-se nos casos em que há o uso do poder como forma de obter favores libidinosos em que o assediado resiste.

Diante de situações que podem caracterizar o crime de assédio sexual no ambiente de trabalho, como por exemplo: comportamento indesejado do assediador junto com pressões e constrangimentos aliado ao abuso de poder, origina-se uma obrigação de responsabilidade por parte do assediador em relação à vítima (assediado).

Esse acometimento pode causar consequências como por exemplo: sentimento de humilhação e a exposição da vítima, prejudicando sua integridade psicossocial, através de ameaças, palavras, gestos abusivos, perseguições, piadas ou ironias.

Na maioria das vezes, por serem situações que ocorrem no ambiente de trabalho, as denúncias acabam não ocorrendo pelo medo de perder o emprego ou por sofrerem retaliações e julgamentos de terceiros.

O assédio sexual é uma prática ilícita que, acontece em diversos ambientes de trabalho, que causa no assediado constrangimento de tal modo que ocasiona ocultação de sua publicação.

Foi tipificado no Código Penal Brasileiro como crime, que pode ser cometido dentro das empresas e, dessa maneira, a Justiça do Trabalho também pode ser acionada, ganhando força através da Lei 10.224/ 2001, que dispõe sobre o assédio sexual no exercício do trabalho.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, conceitua o assédio sexual como “a conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, propostas ou impostas a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual”.

A conduta para ser caracteriza como o referido crime, deve ser analisada, se algum direito que foi violado no que se refere a liberdade sexual, de maneira que se o indivíduo manifesta interesse de obter favores sexuais com um agente de forma abusiva, estará assim, configurado a invasão da individualidade do assediado.

Neste contexto, a pesquisa se tornar relevante, por trazer a discussão sobre o tema no âmbito acadêmico e jurídico, por ser uma prática que ocasiona consequências nas relações trabalhistas, cujas atitudes do assediador viola o direito de intimidade da vítima, assim como sua dignidade. Ressaltando que esta prática pode ser verificada tanto nas relações hierárquicas dentro das organizações, assim como nas relações horizontais.

## **1.NOÇÕES HISTÓRICAS DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL**

Analisando brevemente o histórico do direito de trabalho, apresenta-se que a palavra trabalho, vêm do latim *tripalium*, que era uma espécie de instrumento de tortura, ou uma canga que pesava sobre os animais. Ainda segundo o autor, a primeira forma de trabalho foi a escravidão, onde o escravo não tinha nenhum direito, pois era propriedade de seu dono e vivia apenas para trabalhar (MARTINS, 2010, p. 34).

Nos primórdios, verificamos que não havia respeito à vida do próximo, o princípio da dignidade da pessoa humana, naquela época, nem era conhecido e muito menos respeitado, e a inserção da mulher no mercado de trabalho aconteceu de forma gradativa, tendo em vista, que a mulher era considerada um “objeto” que desenvolvia trabalhos domésticos.

A libertação do trabalhador começou com a Revolução Industrial, quando surgiu o trabalho assalariado e a figura do patrão. Com o surgimento das máquinas, foram feitas mudanças no relacionamento entre patrões e empregados, de modo



que foi dado um sentido social, humano e jurídico ao trabalho, iniciando o interesse de proteção ao trabalhador pelo Estado (COSTA, 2008, p. 128).

Na era da Revolução Industrial, o trabalho infantil e o trabalho realizado por mulheres cresceu significadamente por ser uma mão de obra barata, além do que, as jornadas de trabalho eram longas, podendo chegar até em 16 horas e o trabalho era insalubre, penoso e perigoso.

Com o passar dos anos, o trabalhador começou a adquirir direitos e deveres, em meio a luta incessante, por melhores condições no ambiente do trabalho, que discorreremos no decorrer da pesquisa.

É impossível compreender o Direito do Trabalho sem conhecer o seu passado. Desde o início, como supracitado, o homem lutava por sua sobrevivência.

No Brasil, as discussões sobre direitos de trabalhadores e as formas de solução de conflitos entre patrões e empregados no Brasil, tiveram início com o fim da escravidão, em 1888

Nascimento (2013, p. 84) relata que:

A imposição de condições de trabalho pelo empregador, a exigência de excessivas jornadas de trabalho, a exploração das mulheres e menores, que constituíam mão-de-obra mais barata, os acidentes ocorridos com os trabalhadores no desempenho das suas atividades e a insegurança quanto ao futuro e aos momentos nos quais fisicamente não tivessem condições de trabalhar foras as constantes da nova era no meio proletário, às quais podem-se acrescentar também os baixos salários.

A legislação do trabalho deve assegurar superioridade jurídica ao empregado em razão da sua superioridade jurídica ao empregado em razão da sua inferioridade econômica. Lei passa a estabelecer normas mínimas sobre condições de trabalho, que devem ser respeitadas pelo empregador (FOLCH, 1936, p. 16).

No Brasil, as primeiras constituições tratavam apenas da forma de Estado e do sistema de governo. Nossa atual constituição, veio a tratar especialmente do Direito do Trabalho.

Como exemplo da evolução de nossa legislação quanto ao direito do trabalho, surgiu a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943, e vem até os dias atuais cumprindo o seu compromisso em auxiliar as relações jurídicas entre empregado e empregador, resultado do trabalho de uma Comissão presidida pelo Ministro Alexandre Marcondes Filho.

Segundo Nascimento (2011, p. 72), no relatório entregue a comissão destaca:

“A Consolidação representa, portanto, em sua substância normativa e em seu título, neste ano de 1943, não um ponto de partida, nem uma adoção recente a uma doutrina, mas a maturidade de uma ordem social há mais de um decênio instituída, que já se consagrou pelos benefícios distribuídos, como também pelo julgamento da opinião pública consciente, e sob cujo espírito de equidade confraternizaram as classes na vida econômica, instaurando neste ambiente, antes instável e incerto, os mesmos sentimentos de humanismo cristão que encheram de generosidade e de nobreza os anais da nossa vida pública e social”.

Claro que, nesse momento da história a realidade era diferente, porém com o passar dos anos, novas situações surgiram, de maneira que, novos direitos e deveres aos trabalhadores foram sendo conquistados.

No que se refere a inserção da mulher no mercado de trabalho, historicamente, mulheres de todas as classes sociais e idade foram e são discriminadas no mercado de trabalho. No início, isso ocorria por serem consideradas inúteis ou frágeis para a maioria dos trabalhos que eram desenvolvidos, depois por terem o valor de sua mão de obra desvalorizada a tal ponto que sequer atendia suas necessidades básicas de uma vida social digna, terminando por se esconderem atrás de maridos machistas que de uma forma ou de outra pretendiam excluí-las do seio laboral com escusas das mais variadas, como por exemplo a desculpa de que a mulher não precisava ganhar dinheiro (FERREIRA, 2017, p. 1).

Apesar dos direitos das mulheres ao longo da história, principalmente em relação ao ambiente de trabalho, constata-se que ainda existem formas de discriminação das mulheres no trabalho, os quais podemos destacar: maternidade, estado civil, filhos, assédio, entre outras.

## **2. ASSÉDIO SEXUAL**

O assédio, vem sendo amparado como uma das práticas discriminatórias mais comuns nas relações de emprego, podendo importar comportamentos físicos, ou verbais indesejados (GOSDAL, 2013, p. 73).

É um ato praticado com o objetivo de constranger à intimidade da pessoa, ferindo a dignidade humana causando um constrangimento de imensurável valor, praticado por qualquer pessoa para outra pessoa, sem nenhum requisito para sua prática.

O assédio sexual pode ser configurado para efeitos trabalhistas, inclusive quando a conduta é praticada por um terceiro estranho a relação de trabalho, mas com a conivência ou até mesmo incentivo do empregador, onde este pode estar se privilegiando indiretamente com estas situações (NETO, 2011, p. 1).

Quanto a prática desse ato no ambiente de trabalho, de acordo com Nascimento, (2011, p. 106) trata-se de “um pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico ou sócio da empresa, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represarias no caso da recusa, tais como perda do emprego e de benefícios”.

Essa prática pode desencadear algumas doenças, como: depressão, transtorno de stress pós-traumático, transtornos de ansiedade e de adaptação, retraimento social e em casos mais graves podendo ocasionar até mesmo o suicídio.

Diniz (2014, p.285) estabelece o conceito de assédio sexual como “ato de constranger alguém com gestos, palavras ou emprego de violência prevalecendo-se das relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual”.

Segundo Pamplona Filho (2011, p. 87), assédio sexual é toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual. Por se constituir em uma violação do princípio de livre disposição do próprio corpo, esta conduta estabelece uma situação de profundo constrangimento e, quando praticada no âmbito das relações de trabalho, pode gerar consequências ainda mais danosas.

Isso ocorre, porque os danos derivados do assédio sexual nem sempre são superados pelas mulheres, o seu comportamento muda e conseqüentemente, a maneira de conduzir a vida, muitas das vezes conduzidas pelo sentimento de culpa, pelo qual a vítima pensa que por algum motivo deu causa a eventual investida.

A referida prática pode desencadear um ambiente de trabalho degradado, provocando ao assediado um constrangimento que pode ainda, ser motivo de demissão indireta, pelo descumprimento por parte do empregador dos termos contratuais.

Venosa (2015, p. 3) explica que dentre as consequências do assédio sexual podem estar o sentimento de humilhação e a exposição da vítima, prejudicando sua integridade psicossocial e:

[...] se exterioriza com a exposição e submissão do trabalhador a gestos, palavras, comportamentos obsessivos e vexatórios,

ridículo, humilhações públicas e privadas, ameaças, ironias, sarcasmos e perseguições, em degradação das condições de trabalho, atentando contra a dignidade e a integridade psíquica e até física do empregado.

A contextualização acerca desse assunto vem sendo construída ao longo dos anos, porém, a lei de criação do delito de assédio sexual, foi inserido no Código Penal Brasileiro apenas em 2001, no dia 5 de maio de 2001 a Lei nº. 10.224 (Decreto-Lei n. 2.848, de 1940), no Capítulo dos Crimes contra a Liberdade Sexual, conforme a redação do artigo 216-A, ao prevê que:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

A referida previsão, ganha relevância ao analisar a observação realizada por Luisa Nagib Eluf (*apud* Nascimento, 2011 p. 113), que “a incriminação do assédio é reconhecida em todo mundo civilizado. Trata-se de medida que pode evitar mal maior; muitos crimes de caráter sexual começam com o assédio e terminam no estupro. A punição do agente, portanto, deve ocorrer antes do agravamento da situação”.

A superioridade do assediador pode ser entendida como o chefe, um funcionário superior ao assediado, ou o sócio da empresa, pois é preciso que o assediante desfrute de poderes para exercer influência na carreira profissional, ou nas condições de trabalho da vítima, passando, assim, a ser intimidada com a demissão, transferência, perda de benefícios etc (FELKER, 2012, p. 253).

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho analisando aspectos jurídicos e culturais, através do comportamento humano, elencou condutas ditas como assédio sexual no trabalho. Podem ser dados como exemplos insultos, olhares insinuantes, piadas, falar do físico etc. Enfim, atos que atentem contra a dignidade da pessoa, consubstanciados em convites ou pedidos indesejados e não consentidos, acompanhados ou não de ameaça, atitudes lascivas ou gestos associados à sexualidade, contatos físicos desnecessários, tais como carícias, beliscões ou ataques verbais (COUTINO, 2013, p. 31).

Portanto, trata-se de uma prática que sempre existiu na sociedade, porém, a um tempo atrás não era tão divulgada, e o mais agravante é que não existiam leis

prevendo punições para tais atos. Na atualidade, a previsão legiferante teve um grande avanço, com previsões em leis, punições e responsabilidades que são aplicadas aos autores do ato.

### **3. PRINCÍPIO DA LIBERDADE NO AMBIENTE DE TRABALHO**

O princípio da liberdade trata-se de um princípio constitucional, em que sua previsão pode ser verificada em vários artigos da Constituição Federal de 1988. O artigo 5º, II da CF de 88, é onde faz a leitura de que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, pode-se afirmar que a vida em sociedade exige estabelecimentos de normas jurídicas que regulamentem justamente condutas ilícitas afim de que, especificamente no ambiente de trabalho, o empregado possui uma proteção normativa.

O direito à liberdade é um direito relativo, pois o que uma pessoa entende como liberdade, pode não ser a mesma para outra pessoa, porém, deve sempre colocar o respeito como fator limitador.

Sobre a liberdade não ser absoluta, Filho (2011, p. 121) cita que:

A faculdade de livre agir, porém, não pode ser interpretada de forma extrema. Desde a mais tenra idade somos condicionados com frases do tipo "minha liberdade (meu direito) termina onde começa a do outro, ou "liberdade sem responsabilidade não é liberdade, mas sim libertinagem", em que, instintivamente já começamos a inferir a existência de limites ao exercício da liberdade.

A obrigação do indivíduo de agir em sociedade deve estar de acordo com a ordem jurídica estabelecida no Direito, impondo limites à conduta, firmando a paz e ordem social.

De acordo com os ensinamentos de Paulo Freire (*apud* Lima, 2014, p. 33), "minha liberdade cresce na medida em que cresce também a tua e conjuntamente gestamos uma sociedade de cidadãos livres e solidários".

Destaca-se ainda, neste contexto, que o artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal dispõe que:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) IV- Os valores do trabalho e da livre iniciativa.

O legislador ao dispor o trabalho relacionado com a ordem econômica, fundamenta o trabalho como justiça social, pois necessário destacar ainda, o que prevê o artigo 170, inciso VI, da CF/88 ao prevê:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos digna, conforme os ditames da justiça social, observando os seguintes princípios.

(...) VII – busca do pleno emprego.

No entanto, ao analisar o princípio a liberdade no ambiente de trabalho, não significa dizer que o indivíduo pode fazer o que quiser, pois deve ser um ambiente ético, com regras e condutas que devem ser executadas, tanto pelo empregador quanto para o empregador.

O empregado deve obedecer às regras impostas pela empresa, porém, por outro lado, o empregador deve exercer sua autoridade observando o princípio da dignidade da pessoa humana atrelada a respeito da intimidade e proteção do trabalhador.

Neste contexto, Ribeiro (2008, p. 38) apresenta que:

Diante da realidade de que o empregador tem poder de direção e fiscalização sobre a atividade do empregado, há que se indagar qual a extensão da reserva relativamente a este último no local de trabalho e qual o limite oposto ao empregador de imiscuir-se na sua esfera de vida privada, uma vez que a existência do simples vínculo jurídico trabalhista não é fator determinante da justificação do desrespeito nem conduto para violação de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente a todo cidadão, de cujo conceito não se dissociam os trabalhadores pelo simples fato de estes serem empregados.

Neste contexto, a prática de assédio sexual no ambiente de trabalho, fere diretamente o direito de liberdade do empregado, afrontando diretamente a

Constituição Federal, desencadeando problemas de ordem de saúde do indivíduo além de causar prejuízos na execução do trabalho.

Manter uma relação trabalhista empregado e empregador não justifica ferir a dignidade do indivíduo, desrespeitando os seus direitos fundamentais, e assim, o direito à liberdade.

Portanto, o assédio sexual viola diretamente a liberdade do empregado, perante o poder do empregador, que tem o poder e autoridade de coordenar os empregados, em posição de liderança, pagando a prestação de serviços executados (art. 2º CLT), o qual, relacionado com o art. 5º, inciso XIII da CF/88 demonstra, que o exercício de qualquer trabalho, profissão ou ofício é livre o respeito à liberdade e à dignidade do trabalhador são garantidos (PASCOAL, 2018).

#### **4 ASSÉDIOS SEXUAIS NO AMBIENTE DE TRABALHO: RESPONSABILIDADES E MEDIDAS A SEREM TOMADAS**

Acerca da prova em caso de assédio sexual, os Tribunais Regionais do Trabalho, vem apresentando o seguinte entendimento:

Mister pontuar que o dano moral e sexual, nesse contexto, é *in re ipsa*, vale dizer, deriva da própria natureza do fato. Por conseguinte, desnecessária a prova do prejuízo moral em si, exigindo-se tão somente a demonstração dos fatos que lhe deram ensejo, o que ocorreu no caso. No caso em exame, os elementos probatórios não deixam dúvidas quanto ao ilícito praticado pelo dirigente sindical, superior hierárquico da reclamante, e desmoronam a tese do reclamado de que não contribuiu direta ou indiretamente para a concretização da conduta assediadora. É sabido que o empregador, pela culpa na escolha e na fiscalização, torna-se objetivamente responsável pelos atos de seus prepostos (arts. 932, III e 933, do Código Civil). (TRT 10º DF, PROCESSO n.º 0000389-13.2016.5.10.0004 - RECURSO ORDINÁRIO (1009) RELATOR: JUIZ GILBERTO AUGUSTO LEITÃO MARTINS)

Ocorre que na maioria das vezes há a dificuldade em renuir provas que o ato foi cometido, por ser cometido secretamente pelo agressor. Nesse sentido deve ser analisado com bastante prudência, como Nascimento (2011, p. 126):

"Assédio sexual. Prova. Os atos que caracterizam o assédio sexual, de modo geral, são praticados secretamente,

dificultando sobremaneira a prova direta e objetiva pela vítima. Muitas vezes esses atos são de apenas de conhecimento da vítima e do agressor por isso devem ser investigados com acuidade de todos os indícios da prática do assédio sexual e daí aplicar as sanções para impedir a continuidade da afronta aos direitos fundamentais do ser humano em especial à dignidade, à honra e à intimidade. "" (...) os atos que configuram o assédio sexual são praticados secretamente pelo agressor, o que dificulta sobre maneira a prova da vítima. Daí porque a prova não precisa ser cabal a ocultar, na medida em que, não sendo praticada em locais públicos a vista de todos, há de se considerar que a prova indiciária, que tenha previsão legal, é suficiente para caracteriza-la na esfera trabalhista (...)

Observa-se que, não basta que o agente ativo seja homem e o passivo seja mulher, a condição de gênero independe para que o ato seja caracterizado como assédio sexual, doravante, para sua incidência, deve-se prevalecer de sua condição superior hierárquica ou ascendente inerente a condição de emprego, cargo ou função.

Há na doutrina o conceito de assédio sexual por intimidação em que Barros (2007, p. 922) apresenta que se trata de uma:

Conduta do empregador que, além de dirigir galanteios e elogios à empregada, sugere-lhe que compareça ao trabalho mais decotada, fazendo-lhe reiteradamente declarações de amor e propostas de união estável, acarretando para a empregada constrangimento no trabalho e transtorno em sua vida conjugal.

Por outro lado, fala-se ainda em assédio sexual por chantagem quando a pressão pela sujeição a prática de determinada conduta de natureza sexual, sob a eminência do prejuízo de algum eventual benefício, que segundo Filho (2005, p. 08) ocorre quando: "o agente exige da vítima a prática (e/ou aceitação) de uma determinada conduta de natureza sexual, não desejada, sob a ameaça de perda de um determinado benefício".

Nesse tipo de ato, caracteriza-se a ocorrência de responsabilidade civil, assim como todo e qualquer ato que venha a violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, que o caso do assédio sexual, cujo prejuízos arcados pela vítima não são a princípio material, embora possa alcançar tal conotação devido



a proporcionalidade lesiva da ofensa causada, é configurada como ato ilícito, nascendo então o dever de reparação indenizatória, conforme atribui 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.

Em regra geral, a responsabilidade civil é individual, todavia o artigo 932 do Código Civil estabelece a responsabilidade solidárias, a qual impõe aos empregadores pelos atos praticados por seus empregados:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Denuncia-se primeiro e por consequência vem a punição em relação ao agressor. Dentro das empresas devem existir setores ou departamentos em que se possa denunciar, com isso os empregados podem se sentir mais confiáveis diante de medidas de prevenção.

Destaca-se ainda que, a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), em seu artigo 483, alínea "e", prevê que:

**Art. 483** - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

**e)** praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

Isso significa dizer que a empresa poderá ser responsabilizada de forma solidária com o assediador, com a possibilidade de ter seu contrato rescindido por justa causa, conforme prevê o artigo 482, alínea "b", da CLT, ao prevê que: **Art. 482** - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: **b)** incontinência de conduta ou mau procedimento.

Segundo Santos (2014, p. 1):

“Assim sendo, se o assediante é o próprio empregador, incorrerá em responsabilidade civil, inclusive por dano moral. Se for seu empregado, representando-o ou não, a responsabilidade também será sua, sem afastar a responsabilidade patrimonial do assediador, o que poderá ser objeto de lide própria regressiva ou, como nos parece cabível, de denúncia da lide no processo trabalhista correspondente”.

Nesse sentido, Lima (2017, p. 1) esclarece que:

“De nada adianta a conscientização dos trabalhadores ou o estabelecimento de regras éticas ou disciplinares se não se criarem, na empresa, espaços de confiança, para que possam as vítimas dar vazão às suas queixas”. Explica ainda que para se punir verdadeiramente os criminosos é preciso que “tais espaços possam ser representados por esquemas de ouvidoria ou comitês formados nas empresas, especialmente indicados para receberem denúncias sobre intimidações e constrangimentos, garantindo-se sempre o sigilo das informações”.

Em ações trabalhistas, há a incidência de três tipos de processos, aqueles em que o assediado requer danos morais, ou pedem rescisão indireta e, ainda aqueles que solicitam a demissão por justa causa daqueles que causaram o dano.

No caso de pedirem rescisão indireta, a vítima do assédio sexual possui os mesmos direitos de uma demissão sem justa causa: receberá todas as indenizações previstas em lei, como multa de 40% sobre o FGTS, projeção de aviso prévio, 13º salário e férias.

Se o assediante for o próprio empregador, responderá, além da prática criminal, por responsabilidade civil, inclusive por dano moral. Se o assediante for um empregado, a responsabilidade civil é solidária entre ele e o chefe ou dono do estabelecimento, resultando, assim, punições ao contrato de trabalho, como por exemplo, advertências, suspensões ou até mesmo a extinção do vínculo empregatício por justa causa e, claro, responder criminalmente pelo ato tipificado como crime no Código Penal (CAMPAGNOLI, 2016, p. 1).

O ato praticado deve ser bem analisado, pois, a mera tentativa de sedução e o flerte, em si, não são condenáveis, porém, não se confundem com a perseguição

sexual. Igualmente a mera paquera, ou seja, a tentativa de aproximação para um relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual.

Há ainda a possibilidade em de realizar denúncia da empresa no Ministério Público do Trabalho, culminando na instauração de um processo administrativo. E mediante a verificação de irregularidade, o MPT poderá sugerir a realização de um Termo de Ajuste de Conduta, ou ainda aplicar multa à empresa (WALDOW, 2019, p. 1).

Nesse sentido, Robortella (2007, p. 158) cita que:

“Simples intenção sexual, o intuito de sedução do companheiro de trabalho superior ou inferior hierárquico, não constitui assédio. É o caso de um inofensivo galanteio, de um elogio, ou mesmo namoro entre colegas de serviço, desde que não haja utilização do posto ocupado, como instrumento de facilitação”.

Uma das medidas que devem ser tomadas diante da ocorrência de assédio sexual, é a quebra de silêncio, ou seja, a vítima deve comunicar o ato, para que seja providenciado a responsabilização do assediador.

O Ministério do Trabalho e Emprego (2010, p. 39) cita um rol de providências devidas a serem tomadas pelo o assediado sendo:

- Dizer claramente não ao assediador;
- Contar para os (as) colegas o que está acontecendo;
- Reunir provas, como bilhetes, presentes e outras;
- Arrolar colegas que possam ser testemunhas;
- Relatar o acontecido ao setor de recursos humanos;
- Relatar o acontecido ao Sindicato;
- Registrar a ocorrência na Delegacia da Mulher e, na falta dessa, em uma delegacia comum;
- Registrar o fato na Superintendência Regional do Trabalho e Emprego.

Torna-se, portanto, relevante, que na ocorrência de assédio sexual, a vítima deve tomar um posicionamento e não se silenciar, saindo da posição de submissão para uma forma mais ativa.

## **CONCLUSÃO**

A pesquisa abordou acerca do assédio sexual nas relações trabalhistas, destacando suas incidências e perspectivas. É um ato que é praticado numa relação de cima para baixo, isso significa que, pode ser praticado pelo empregador, ou por seu preposto (superior hierárquico) para com o empregado que ocupa o lugar de subordinado.

Esclareceu-se que a prática deste ato traz consequências para o empregador no âmbito trabalhista e também penal, e para o empregado, pode desencadear problemas até mesmo no âmbito psicológico.

Trata-se de uma negação ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, por ferir o direito de intimidade da vítima.

Em ações trabalhistas, há a incidência de três tipos de processos, aqueles em que o assediado requer danos morais, ou pedem rescisão indireta e, ainda aqueles que solicitam a demissão por justa causa daqueles que causaram o dano.

Verificou-se que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não possui um artigo específico que aborde especificamente o assédio sexual nas relações de trabalho, porém, destacou-se que o artigo 482, alínea "b", pune o empregado com demissão por justa causa devido à incontinência de conduta ou mau procedimento e, o artigo 483 considera hipótese de rescisão indireta, impondo o pagamento de indenização quando o empregador e seus prepostos praticarem ato lesivo contra a honra do empregado.

No caso de pedirem rescisão indireta, a vítima do assédio sexual possui os mesmos direitos de uma demissão sem justa causa: receberá todas as indenizações previstas em lei, como multa de 40% sobre o FGTS, projeção de aviso prévio, 13º salário e férias.

Se o empregador for o assediante, responderá penalmente, além da responsabilidade civil, por danos morais. Se o assediante for um empregado, além de responder também penalmente, a responsabilidade civil é solidária entre ele e o chefe ou dono do estabelecimento, resultando, assim, punições ao contrato de trabalho, como por exemplo, advertências, suspensões ou até mesmo a extinção do vínculo empregatício por justa causa.

Deve-se atentar para que o ato praticado deve ser bem analisado, pois, a mera tentativa de sedução e o flerte, em si, não são condenáveis, porém, não se confundem com a perseguição sexual. Igualmente a mera paquera, ou seja, a tentativa de aproximação para um relacionamento amoroso, ou mesmo sexual, não constitui assédio sexual.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. 2002.

BRASIL. **Código Penal**. 1940.

BRASIL. **Assédio moral e sexual no trabalho**. Apostila – Brasília: MTE Ministério do Trabalho, ASCOM, 2009.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. CLT. 1943.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 10ª Região. RO 0000389-13.2016.5.10.0004**. Brasília – DF, 12 jul 2017. Disponível em <[http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=Y0iEZ2t9ZCvCKuK24H\\_gcLLJG7PstD5KaGvp5zN.as](http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf;jsessionid=Y0iEZ2t9ZCvCKuK24H_gcLLJG7PstD5KaGvp5zN.as)>. Acesso em 25 Abr. 2020.

COSTA, Hertz Jacinto. **Manual de Acidente do Trabalho**. 2ª. Ed., Curitiba: Juruá, 2008.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação na Relação de Trabalho: Uma afronta ao Princípio da Igualdade**. AIDE, Rio de Janeiro, 2013.

DINIZ, Maria Helena, **Dicionário Jurídico**, vol. 33, São Paulo, Editora Saraiva, 2014.

FERREIRA, William Gonçalves. **Os aspectos relevantes da isonomia salarial**. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/59781/os-aspectos-relevantes-da-isonomia-salarial>>. Acesso em 08 Abr. 2020.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. **O Dano Moral, o Assédio Moral e o Assédio Sexual nas Relações do Trabalho**. LTr, São Paulo, 2012.

FILHO, Rodolfo Pamplona. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio Sexual na relação de emprego**. São Paulo: Ltr, 2011.

FOLCH, Alejandro Gallart. **Derecho Español del trabajo**. Barcelona: Labor, 1936.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da Mulher no Emprego**. Curitiba: Genesis, 2013.

LIMA, Melissa Bastos de. **Assédio moral e sexual no ambiente de trabalho**. Disponível em: <https://dramelissa.jusbrasil.com.br/artigos/111766958/assedios-moral-e-sexual-no-ambiente-de-trabalho>. Acesso em 25 Abr. 2020.

LIMA, Lariane Fernanda Rodrigues de Jesus. **Assédio Sexual no Ambiente de Trabalho**. 2014. Disponível em < <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/argTccs/1111401089.pdf>>. Acesso em 26 Set.2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 20ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 84.

NASCIMENTO, Jaqueline Soares. **Uma análise do seguro-desemprego como instrumento de proteção social e de política pública na região metropolitana de salvador de 2005 - 2009**. 2009. Disponível em < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9330/1/TCC%20JAQUELINE%20SOARES%20NASCIMENTO.pdf>>. Acesso em 15 set. 2020.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Assédio Moral**. 2º Edição – Editora SARAIVA, 2011.

NETO, René da Fonseca e Silva. **Proteção ao trabalho da mulher**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19185>>. Acesso em 08 Abr. 2020.

PAMPLONA Filho, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: LTR. 2011.

PASCOAL, Flávia Xênia Souza. **Assédio Moral e Assédio Sexual no ambiente de trabalho**. 2018. Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/assedio-moral-e-assedio-sexual-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em 27 set. 2020.

RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. **A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente do trabalho e seu valor probante: um estudo sobre o limite do poder de controle do empregador na atividade laboral e o respeito à dignidade e intimidade do trabalhador**. São Paulo. LTr, 2008.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Assédio Sexual e Dano Moral nas Relações de Trabalho**. III Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, IBCB, 2007.

SANTOS, Aloysio. **Aspectos relevantes acerca do assédio moral e assédio sexual no Direito do Trabalho**. 2014. Disponível em < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-57/aspectos-relevantes-acerca-do-assedio-moral-e-assedio-sexual-no-direito-do-trabalho/>. Acesso em 03 Out. 2020.

WALDOW, Nathália. **Assédio Sexual no Trabalho é responsabilidade da empresa**. 2019. Disponível em < <http://www.granadeiro.adv.br/bclipping/2019/03/12/assedio-sexual-no-trabalho-e-responsabilidade-da-empresa>>. Acesso em 03 Out. 2020.

VENOSA, Silva de Salvo. **Direito Civil**. 23º ed. São Paulo – SP: Atlas, 2015.

## DIREITO SISTÊMICO: UMA NOVA CONSCIÊNCIA JURÍDICA

**IOLANDA BATISTA BENVINDO:** Estudante de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS <sup>III</sup>

(orientador)

**Resumo:** O atual cenário de injustiças acaba por exigir do Sistema Judiciário novos caminhos para resolução de conflitos, uma vez que, a pura aplicação da lei não vem conseguindo produzir a efetiva pacificação dos conflitos. Tal necessidade dirige os estudos sobre o Direito Sistêmico e suas formas de aplicação que contribuam com a humanização da justiça estatal, uma vez que busca o tratamento adequado dos conflitos através da prática das Constelações Familiares. Dentre as técnicas utilizadas no direito sistêmico destaca-se o compromisso em enfrentar as “raízes” dos conflitos, usando técnica da Constelação Familiar desenvolvida pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que vem se mostrando eficiente na solução de litígios. Através do aprofundamento neste estudo, a presente pesquisa busca comprovar se de fato as práticas do Direito Sistêmico contribuem para uma humanização da justiça.

**Palavras-chave:** Constelação Familiar; Direito Sistêmico; Humanização da Justiça.

**Abstract:** The current scenario of injustices ends up requiring the Judiciary new paths for conflict resolution, since pure law enforcement has not been able to produce the effective pacification of conflicts. This need directs studies on systemic law and its forms of application that contribute to the humanization of state justice, since it seeks the proper treatment of conflicts through the practice of Family Constellations. Among the techniques used in systemic law stands out the commitment to face the "roots" of conflicts, using a family constellation technique developed by the German psychotherapist Bert Hellinger, which has been shown to be efficient in solving disputes. Through the deepening of this study, this research seeks to prove whether in fact the practices of Systemic Law contribute to a humanization of justice.

**Keywords:** Family Constellation; Systemic Law; Humanization of Justice.

**Sumário:** Introdução. 1. Métodos adequados para tratamento de conflitos. 2. Direito sistêmico e seus valores para humanização da justiça humanizada. 2.1 Direito sistêmico. 2.2 Bert hellinger: o sistematizador. 2.3 Descrevendo o método: leis sistêmicas. 2.4 Exemplos prático da aplicação das leis. 2.5 O método: constelação



sistêmica. 2.6 Justiça humanizada e direito sistêmico. 3. Aplicação do método no âmbito jurisdicional. 3.1 Advocacia sistêmica. Conclusão. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O atual contexto de injustiças está exigindo do Sistema Judiciário novos caminhos para solução de conflitos, uma vez que, a pura aplicação da lei não está alcançando a paz que é a expectativa da justiça. Surgindo então a necessidade de se estudar novos métodos para se ter a paz e a humanização da justiça. Na busca pela humanização da justiça o direito sistêmico é o despertar para uma nova consciência jurídica. É uma forma diferenciada de analisar as lides judiciais que busca profunda reflexão, muitas vezes, terapêutica do atual litígio com a finalidade de se encontrar o real motivo do conflito, sugerindo passos que busquem a harmonização tanto no âmbito familiar, bem como social.

A pesquisa objetiva estudar o universo do direito sistêmico e como suas características corroboram para se ter uma justiça humanizada. A finalidade é demonstrar o pensamento sistêmico como um método adequado para a solução das lides e de que forma este contribui para a cultura da humanização da justiça.

A proposta é exemplificar o que é tratamento adequado dos conflitos, demonstrar o Direito Sistêmico como método apropriado para solucionar os confrontos, citar as contribuições de profissionais jurídicos qualificados, relacionar o Direito Sistêmico com a justiça humanizada e descrever conceitos chaves para o andamento desta pesquisa.

O tipo de pesquisa será a bibliográfica. Baseia-se na coleta de dados a partir de textos, livros, artigos e demais materiais de caráter científico. Essas informações serão usadas no estudo sob forma de citações, servindo de alicerce para o desenvolvimento do assunto pesquisado. É uma metodologia teórica e que tem foco em analisar os ângulos distintos que um mesmo problema pode ter, ao consultar autores com diferentes pontos de vista sobre um mesmo assunto.

O presente trabalho está estruturado em capítulos que tem como foco principal em apresentar as característica do método Direito Sistêmico. De modo a primeiro mostrar sobre os métodos adequados para solução de conflitos, depois começa a introduzir sobre Justiça Humanizada. A partir de então, será expostos detalhes sobre o Direito Sistêmico e Constelações familiares. Em seguida a relação entre Direito Sistêmico e Justiça Humanizada. Por fim será apresentado situações práticas que o método Direito Sistêmico se encaixa e também sobre a Advocacia Sistêmica.

## 1. MÉTODOS ADEQUADOS PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS

Vive-se em um cenário de desgaste no sistema judiciário brasileiro, onde os mecanismos utilizados para resolução das lides se encontram defasados, pois não há a verdadeira solução do conflito e assim surgem outros conflitos e tendo como uma das consequências a superlotação das demandas processuais. Com isso, torna-se um ciclo vicioso pelo fato das técnicas e maneiras usadas pelo judiciário não serem capazes, por si só, de resolver todas as controvérsias levadas ao sistema de justiça. Por isso, faz-se necessário a busca de novos mecanismos para inovação da justiça brasileira, que não atinge o verdadeiro significado do que é justo.

Nesse contexto existe uma procura por métodos que realmente solucionem de forma eficiente e adequada às divergências. E essa forma busca a satisfação entre as partes, o conflito seja verdadeiramente resolvido, que se tenha meios para garantir o acesso à justiça, o processo seja célere, econômico, simples e eficiente. Com essa mudança é inegável que vai se ter uma nova ordem processual.

Diante desse cenário o sistema judiciário brasileiro vem se adequando aos poucos, se têm como exemplos a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), a Resolução nº 125/2010 e 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). E também encontra-se em prática procedimentos que não são impostos pelo Poder Judiciário que são feitos por intermédio de terceiros, que tem como objetivo que as partes entrem em um consenso, evitando que termine em um processo judicial. Esse não tem conclusão por decisão de um magistrado, mas por um documento lavrado por uma pessoa competente, gerando efeitos e obrigações e pode ser homologado por um juiz e o conteúdo é produto do comum acordo entre os entes envolvidos.

Ademais, vale ressaltar sobre a ressignificação do acesso à justiça, onde o novo Código de Processo Civil traz em seu artigo 3º que a apreciação judicial vai além do Poder Judiciário e de sua forma monótona e imperiosa de resolver os conflitos. Este abre as portas para outras formas positivas de composição, buscando o dever de cooperação das partes e procurando outras formas para solucionar. O dever jurisdicional que inicialmente era exclusivamente do judiciário, pode agora ser delegada para conciliadores e mediadores extrajudiciais, por serventias extrajudiciais ou ser exercidas por câmaras comunitárias.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

Como pode-se perceber o artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015 trouxe sugestões de métodos de resolução de conflito, como a mediação, conciliação e foi além, pois abriu um leque de possibilidades quando explana em seu texto que outros métodos deverão ser utilizados. Somado a isso, esse artigo faz uso do verbo dever para estimular essas técnicas no andamento do processo judicial pelos profissionais jurídicos. Com isso, pode-se inferir que o judiciário está mudando as estratégias para a realização do papel jurisdicional e também assumindo que existem outros meios para solucionar as problemáticas de forma mais eficaz, célere e econômica.

Atualmente existem vários recursos para solucionar lides de forma mais humanizada, rápida e parcimoniosa, estes recursos são nomeados como métodos para resolução de conflito, sendo cada um com sua particularidade, contribuindo assim com a justiça brasileira. Os mais usados são a conciliação ( as partes processuais consentem que uma pessoa neutra, o conciliador, exerça o papel de orientá-las para chegarem a um acordo), e a mediação ( atuação do mediador, independente e imparcial, ajudando as parte a chegarem em um acordo que seja satisfatório para todos os entes do processo). Mas, existem outros como: justiça restaurativa, arbitragem, constelação sistêmica (CRUZ, 2016).

Essas diversas maneiras de tratar os conflitos foi nomeado de fórum multiportas, que é o mecanismo de encaminhar as controvérsias para diferentes tipos de procedimentos, onde o pensamento adotado é que cada situação conflituosa tem suas particularidades e por isso cada uma tem uma forma mais adequada para a resolução da questão. Desse modo, permite o aproveitamento do método mais adequado e conseqüentemente erradicando as desvantagens de um método inadequado (BARBOSA, 2003).

Funciona basicamente da seguinte forma: se a lide se tratar de um problema mais técnico, como o defeito de um carro, esta será encaminhada para um profissional que entenda de automóveis para ser feita a perícia; agora se o problema tem o enfoque mais em emoções, neste caso será levado a um conciliador por exemplo. A característica principal do fórum multiportas é o momento inicial do processo, para que o conflito seja conduzido para o meio mais adequado para a

solução. Esse, busca exatamente uma adaptação para que se tenha um melhor aproveitamento para se lograr um resultado mais adequado para o caso concreto (OLIVEIRA, 2013).

Acerca de todo assunto pode-se inferir que, o Poder Judiciário brasileiro vem tentando inovar a maneira com que se trata as problemáticas apresentadas. Isso significa que este tem adotado métodos para esta melhora e para uma possível humanização da justiça. Visto que, cada técnica possui valores que ajudam em todo esse processo.

## **2. DIREITO SISTÊMICO E SEUS VALORES PARA HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA HUMANIZADA**

Partindo do pressuposto que todo ser humano tem direito ao acesso à justiça, entendendo com isso que representa uma garantia do direito humano e um elemento indispensável para o desempenho da cidadania, pois o cidadão necessita de ferramentas que sejam aptas de executar seu direitos.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Porém, tendo como base os princípios da justiça humanizada, não basta somente o indivíduo ter acesso, tem que haver uma solução que traga paz para o sistema. Que significa agir de forma humana no exercício jurisdicional, é ser capaz de democratizar a justiça transpondo os obstáculos do tradicional sistema, erradicando o modelo burocrático e conflituoso de solucionar as problemáticas. Sendo assim, tendo como objetivos a preservação da paz entre as partes, resolver as lides sem intrigas, sem as opressões que são impostas no sistema legal tradicional, desenvolver o diálogo consciente e civilizado onde os agentes saberão defender e buscar seus direitos respeitando os direitos da outra parte (DANTAS, 2010).

No mesmo sentido Bobbio (2004, p. 01) diz que: “direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

Immanuel kant, filósofo de suma importância para essa temática, que vem contribuindo para a expansão intelectual, jurídica com olhar pluridisciplinar,

contemporâneo e humanizador. Tem como ideia de justiça voltada para organização da sociedade, que as leis justas são aquelas formadas de maneira racional e externas e são injustas aquelas que têm sentido contrário. Por outro lado, a compreensão de humanização da justiça está diretamente conectada com muitos dos pensamentos de Kant, pois a humanização da prestação jurisdicional tem por escopo erradicar as formas burocráticas e conflituosas de se resolver controvérsias, investindo na sistematização do acesso à justiça por sistemas pacíficos de tratamento de conflitos, não importando se eles desenvolver-se-ão no âmbito do judicial ou extrajudicial (BITTAR, 2000).

Desta mesma forma, para Bobbio:

[...] uma coisa é proclamar esse direito (direito dos indivíduos), outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido (BOBBIO, 2004, p. 10).

Tendo como finalidade o enaltecimento da paz e da equidade, a busca por uma solução mais econômica, mais célere, eficaz, justa e equilibrada. Vale ressaltar que todo esse processo acontece com respeito a ética, bons costumes, bom senso e a moral. Existindo vários métodos que se utilizam de técnicas em busca da humanização da justiça, um exemplo deste é o Direito Sistêmico.

## **2.1 Direito sistêmico**

Um método recente no âmbito do Direito, sendo este propõe uma forma inovadora no modo de ver e resolver os conflitos. Trazendo as constelações familiares como técnica abrindo assim uma janela para novos olhares a respeito da resolução atual e a proposta por este meio de solução de conflitos.

O termo direito sistêmico foi criado pelo juiz Sami Storch, magistrado brasileiro, que a partir de análises das leis de Bert Hellinger chegou a essa nomenclatura e assim propôs um novo olhar para Direito. Sami Storch foi o primeiro a aplicar este método no Brasil, que teve como trabalho a aplicação das constelações familiares, que tinha como proposta uma dinâmica eficaz que conduzia para a resolução conflitual a partir de acordos. De forma simplória, é a utilização da

filosofia hellingeriana, ou seja, das leis sistêmicas e constelações familiares ao campo Jurídico (AGUIAR, 2018).

Essa expressão é um novo paradigma para a ciência jurídica, carregando um novo molde de percepção dos vínculos dos entes e grupos que são tutelados pelo Direito é um olhar inovador sobre o arcabouço de normas e pela estrutura judicial até agora dominante. Que valoriza o ser humano, reconhece a importância profissional e a paz nas relações cooperativas no Direito. Essa técnica de resolução de conflitos desenvolve competências essenciais, no qual o profissional do Direito é o facilitador (OLDONI, 2018).

Na simulação pode haver a participação direta de elementos representativos e terceiros, além dos envolvidos no conflito. São identificadas as causas mais íntimas e verdadeiras do problema envolvendo os entes familiares, analisando todo o sistema e a influência do passado no problema atual. A solução, que é construída pelas partes, sempre precisará atingir todas as pessoas envolvidas no conflito. Desse modo, compreende-se como direito sistêmico a aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger, que se trata de uma abordagem pacificadora e inclusiva, que observa de forma abrangente todo o sistema, e também um método de resolução de conflito. Que é psicoterápico, que tem como objetos de estudos as energias e as emoções que são abordadas com a visão sistêmica, compreendendo o sistema de forma total, ou seja, analisando todos os fatores existente. Levando assim, a uma solução verdadeira, pois a questão é tratada desde o princípio da história do indivíduo, buscando as “raízes” do problema para se entender o real motivo para tal problemática acontecer. E assim terá paz nos sistemas e outros conflitos não serão gerados por causa de uma mesma questão (AGUIAR, 2018).

Este, por sua vez, utiliza estratégias para expansão da consciência dos seus clientes, convidando-os a obter uma nova percepção ou visualização sistêmica dos contextos, relações, padrões, processos e origem do litígio através do psicodrama.

## **2.2 Bert Hellinger: o sistematizador**

Anton Suitbert Hellinger, nasceu na Alemanha, em 18 de dezembro de 1925, ex sacerdote e missionário dos Zulus, que colaborou na África do Sul durante 16 anos, lugar que exerceu as funções de psicanalista, educador, terapeuta de dinâmica familiar e de grupo, terapeuta corporal, escreveu 84 livros. Participou da Segunda Guerra Mundial como soldado, combatendo junto com os nazistas no front. cursou Pedagogia, Teologia, Filosofia, Psicanálise. O método que desenvolveu é resultado de sua sabedoria que conquistou na realização de seus trabalhos e da sua vida.

De família católica, nascido em Leimen, Alemanha, em 18 de dezembro de 1925, Anton "Suitbert" Hellinger é conhecido mundialmente como Bert Hellinger. Desde os 05 anos, já manifestava seu interesse em ingressar como sacerdote no Clero, então, aos 10 anos passou a ser seminarista. Nesse período, morava na Itália, em Cologne (AGUIAR et al., 2018, p. 37).

Hellinger teve várias influências para executar seus estudos e essas foram: seus pais e a casa de infância, o sacerdócio, a psicanálise, a psicoterapia. As observações sobre o emaranhado sistêmico e as constelações familiares foram marcas registradas do seu trabalho, mudando a vida de muitos profissionais e tocando a vida de várias pessoas. Foi original e inovador ao reunir diversos tipos de psicoterapia e investigar múltiplos campos do conhecimento, e assim sustentou um dispositivo sistematizado. Vale destacar que não foi um método baseado apenas em bases teórica, teve o processo de vivência que aconteceu na África do sul, quando exercia a função de sacerdote e educador, foi o momento de observação e prática com a tribo Zulus, lugar que vivenciou outras formas culturais. Também na época que servia o Clero anglicano realizou treinamentos inter-raciais, ecumênico, e dinâmicas grupais. Passou 25 anos na ordem religiosa, resolveu deixá-la por motivos de crescimento interno.

Hellinger nos propõe "uma visão além do aparente", assim não nos traz uma técnica "garantida", mas nos abre a possibilidade de enxergarmos o "real" ao invés de aceitarmos cegamente o que se está sendo dito - não importa por quem -, sendo o norte deste método, muitas vezes de difícil aceitação para os

indivíduos, grupos, comunidades e culturas. (OLDONI et al., 2018, p. 27)

Foram várias escolas terapêuticas ao longo da jornada do sistematizado. Fazendo com que ele se tornasse o principal autor sobre esse tema. Pois, este desenvolve de forma única e quase que completa sobre as constelações familiares, descobrindo e desenvolvendo a técnica de maneira adequada e também elaborando obras para que este conteúdo fosse disseminado para a sociedade.

### **2.3 Descrevendo o método: leis sistêmicas**

As Leis Sistêmicas são a base de um sistema familiar, possui grande valor no trabalho desenvolvido por Hellinger. Sendo nomeada como Leis do Amor.

Ordem e amor

O amor preenche o que a ordem abarca.

O amor é a água, a ordem é o jarro.

A ordem reúne,

O amor flui.

Ordem e amor atuam unidos.

Como uma canção obedece às harmonias,

O amor obedece à ordem.

E como é difícil para o ouvido

acostumar-se ao amor sem ordem.

Alguns tratam essa ordem

Como se ela fosse opinião

que eles podem ter ou mudar à vontade.

Contudo, ela nos é preestabelecida.

Ela atua, mesmo que não a entendemos.

Não é inventada, mas descoberta.

Nós a percebemos, como ao sentido e à alma,

para seus efeitos (HELLINGER, 2009, p.32).

Também conhecida como Leis/Ordens do Amor, são as normativas que regem o sistema familiar e o método de Hellinger. Percebeu essas ordens dentro de uma percepção natural e universal, e também teve como base suas experiências práticas, então, concluiu que são de extrema importância para o equilíbrio e saúde dos indivíduos, e para o sistema familiar. Estas não foram criadas, foram descobertas, são “Leis Naturais”, pois são leis intrínsecas que estabelece a ordem do sistema e devem



ser respeitadas para que haja paz e que o amor possa florescer e fluir. Estão em plena atividade, alcança todos, são básicas, mas, de difícil compreensão, pois sendo desrespeitadas o sistema fica em desordem. As leis são (em ordem): Pertencimento, Hierarquia e Equilíbrio (OLDONI, 2018).

O momento em que uma pessoa nasce reconhece o seu pertencimento a um núcleo familiar. A partir desse momento o ente ocupa a sua posição e função dentro do seu grupo e então começam as trocas decorrente dos relacionamentos dentro do círculo familiar. É importante enfatizar que não se tolera exclusões e se houver o indivíduo que ficar no lugar do outro passa a repetir, geralmente, as mesmas atitudes do excluído, sendo assim nenhum pode negar o papel do outro e todos têm direitos iguais a participação. E todos que pertencem ao conjunto estão comprometidos e muito mais a serviço do sistema que pertence do que a favor das suas próprias vontades. Então esta primeira lei, Lei do Pertencimento, vem para dizer que cada um pertence a um lugar (sua família) (HELLINGER, 2009).

Quando se chega a um local já existem aqueles que chegaram antes e estes devem ser respeitados. A Lei da Hierarquia, também conhecida como Lei da Precedência, expressa que os entes que vêm antes têm preferência sobre os que vêm depois. Esta Hierarquia começa no momento em que se passa a pertencer a um sistema. É a ordem da origem que tem como orientação a sequência cronológica de ingresso. Essa ordenação deve ser respeitada e honrada por todos, porque o amor se adapta a uma ordem (HELLINGER, 2009).

Já a terceira lei é a do Equilíbrio, que se resume entre o dar e o receber. É uma relação de quem dá é credor e quem recebe é devedor. Para Hellinger existem três formas de trocas, que são: a da abstinência, em que a pessoa se fecha ou foge para não receber, de modo que não fica obrigada a compensar; a prestimosidade, é quando alguém para conservar seu condicionamento social nega suas necessidades, tendo como objetivo de ficar com a sensação de crédito recusando-se a receber; e a troca total, em que existe o revezamento entre o dar e receber de forma proporcional. Esse movimento não ocorre da mesma forma entre as pessoas, isso dependerá do tipo de relacionamento, que assumirá fluxos diferentes (HELLINGER, 2009).

As leis explanadas são de difícil percepção e entendimento e exerce um papel fundamental para o entendimento do método. Diante disso, é importante a apresentação de exemplos de como essas leis acontecem e atual no dia a dia do ser humano.

## **2.4 Exemplos prático da aplicação das Leis**

Sendo leis naturais exemplos práticos não faltam, são situações corriqueiras que às vezes passam despercebidas, mas em determinada atitude pode está refletindo uma lei sistêmica.

Os membros de uma família se sentem naturalmente tentados a excluir os que cometeram um crime, envergonharam a família ou violaram-lhe os valores; mas a exclusão de qualquer membro é pernicioso para os que aparecem mais tarde no sistema, independentemente de qual tenha sido a justificativa original (HELLINGER, 2006, p. 156).

Esses exemplos acontecem em muitas famílias, desde o princípio da história humana, como vale citar alguns que acontecem muito, que são homossexuais, dependentes químicos, dependentes de jogatina. Mas, essas exclusões são extremamente prejudiciais para o grupo, pois o sistema entra em desequilíbrio, fica perturbado e prejudica os membros da família, vindo um descendente a repetir as mesmas ações para representar e em uma tentativa inconsciente tentar reequilibrar o sistema.

Como exemplos de desrespeito a essa lei, têm-se as seguintes situações: menores infratores assumem o papel de um dos seus genitores para garantir o sustento da família e praticam crimes para conseguir tal intento ou um dos filhos, para evitar a separação dos pais, ocupa inconscientemente o lugar de um deles e dá suporte e cuidados que o outro precisa, e não recebeu (MANNÉ, 2008, p. 20).

Os exemplos citados acima ocorrem de forma inconsciente, movido pelo amor que os filhos têm para com seus genitores. Mas, acontece que esse amor não é suficiente para manter o equilíbrio do sistema, e tendo como consequência o fracasso dos relacionamentos vigentes.

Quando um dos parceiros se mostra como uma criança carente, desejando sempre receber, coloca o outro que dá no lugar de pai e mãe, ou seja, numa posição superior, gerando conflito na relação. Para que o equilíbrio entre o dar e o receber seja respeitada em uma relação amorosa, e essa possa ser bem sucedida, é preciso que ambos desejem e concedam com respeito e amor (HELLINGER, 2016, p. 35).

Esse é um fato que acontece comumente na vida conjugal que como demonstrado acima torna-se o sistema totalmente desequilibrado. Isso não significa

que as relações de trocas entre o dar e o receber devem ser iguais, pois depende do tipo da hierarquia existente no relacionamento. Por exemplo, a relação paternal/maternal com a filial nunca será compensado o desnível entre o dar e o receber, porque os pais dão a vida, cuidam, alimentam, dão oportunidades de crescimento (MANNÉ, 2008).

As leis descritas são de suma importância para se entender as constelações familiares. E sendo desrespeitadas pode-se concluir que há um desequilíbrio na estrutura do sistema. Com a descrição das leis e a demonstração de exemplos práticos a próxima etapa é a elucidação do método das constelações sistêmicas.

## **2.5 O método: constelação sistêmica**

As constelações sistêmicas familiares enquanto método é compreendida à luz da perspectiva psicanalítica e será abordado neste tópico a partir de uma visão prática-teórica defendida por alguns autores.

A análise sistêmica consiste em indicar que todo o indivíduo pertence a um grupo familiar que determina e contém suas próprias regras, todos são conectados entre si e com relações recíprocas. E o agente não pode ser observado de forma individual, pois carrega consigo toda a “bagagem” de um sistema, estando a serviço e orientação pelas forças do próprio grupo, onde cada membro deste, exerce uma função e influência um sobre os outros (AGUIAR, 2018).

A visão fenomenológica relata a importância do saber intuitivo, pois quando os eventos vêm à tona, por meio dos representantes, durante a prática das constelações, adquirem valor de verdade. E também prega que as pessoas envolvidas no trabalho das constelações devem se despir de preconceitos, julgamentos e interpretações, que apenas digam os fatos como realmente aconteceu, no seu sentido literal, sem acréscimo sentimental. A razão para essas condições é que a revelação e a percepção só se manifestam quando se é possível enxergar quando os olhos estão livres de julgamento (STORCH, 2018).

Este método consiste em fazer tornar visível e aparente os paradigmas que norteiam os grupos familiares, através da representação do sistema dos indivíduos que se submetem a este. Pode-se relatar que tem como uma das suas principais características o reconhecimento que todos estão interligados aos destinos da própria família e que cada uma delas estão conectadas por uma consciência coletiva. Consiste em três fases que são: a preparação, a entrega e o despertar (OLDONI, 2018).

A preparação é quando começa a conversa entre o terapeuta e o cliente. Momento em que será relatado os incômodos, podendo-se, a partir de uma narrativa detalhada, tornar o tema da constelação. Esse relato deve ser imbuído apenas de fatos externos e significativos, sem que tenha o que o sujeito pensa a respeito, porque a preocupação nesse primeiro momento é saber “o que é”, sem interpretações, sentimentos, explicações e julgamentos (CARIONI, 2018).

A entrega é a parte que se escolhe integrantes para representar membros da sua família, podendo ser pessoas totalmente desconhecidas, entram em contato com a imagem interior que o cliente possui com a questão a ser constelada. Então, os membros podem se posicionar livremente ou de acordo com a instrução terapêutica, momento esse que se passa a se observar como os representantes irão se comportar. A partir do momento em que entram na constelação eles começam a comportar-se e sentir-se como as pessoas que estão representando. Podendo ou não ter intervenção do terapeuta. É importante lembrar que é uma fase que demanda tempo. Nessa etapa é imprescindível salientar a importância da visão fenomenológica, pois com ela permite que aconteça o “movimento da alma”, que Hellinger (2005, p.247) define este movimento como aquele que ocorre quando o sujeito se liberta da pressão exercida pela consciência individual e pela consciência coletiva.

O despertar é quando chega-se a imagem da solução. Estágio em que todos os integrantes se sentem aliviados, satisfeitos e em paz. Momento em que se encontra o equilíbrio, ultrapassando a dinâmica dos destinos, os membros se reencontram com amor e respeito, e aqueles que foram excluídos são reintegrados e cada um se posiciona no seu determinado local dentro do sistema no qual pertence. Tendo assim uma imagem de família mais completa (CARIONI, 2018).

Após verificar as bases teóricas e práticas do método, passaremos a analisar no próximo tópico a contribuição da constelação sistêmica para a promoção de uma Justiça Humanizada, bem como a definição do direito sistêmico, que nada mais é que uma adaptação das bases deste método na seara jurídica.

## **2.6 Justiça humanizada e Direito Sistêmico**

No modelo atual de justiça que se tem no judiciário se faz com a aplicação das leis, ainda que usadas da melhor forma possível, estas não são capazes de extinguir todas as questões intrínsecas em um conflito, tendo o advento de outros conflitos adjacentes. Observando assim que as lides têm fatores externos e interno que vão além do exposto nos autos processuais. Uma sentença judicial pode trazer

um alívio momentâneo, mas não uma solução verdadeira que traga paz e equilíbrio ao sistema.

Refletindo sobre a história do direito no Brasil, nos apresenta um cenário de produção jurídica personalista, ritualista e erudita de bacharéis-juristas, dos séculos passados ou da atualidade, paladinos dos intentos das elites que desempenham papéis de destaque na constituição, na ordenação e distribuição do poder. O que para ele ensejou um longo processo histórico em que a sociedade brasileira viveu carente de justiça e sem espaço para o exercício de cidadania. Para redefinir essa trajetória de experiências normativas e instituições jurídicas acredita ser necessário a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade (WOLKMER, 2010).

Humanizar o direito é valorizar a condição dos sujeitos no processo de produção das normas que lhes são destinadas, levando-se em conta as singularidades e complexidades destes sujeitos quando da elaboração da norma, bem como os reflexos e impactos decorrente desta norma na vida social dos grupos para que esta se destina, com o fim de atacar não só um problema social, mas a questão social que se expressa em todas as suas refrações no processo de produção e reprodução das relações sociais inscritas num momento histórico, movimentos inseparáveis na totalidade concreta, de condições de vida, de cultura e de produção da riqueza (BEHRING, 2011).

Nesse contexto o direito sistêmico surge como uma resposta para a tão almejada justiça humanizada e a celeridade processual. Levando em consideração que a constelação familiar tem como objetivo levar os próprios entes a encontrar uma solução para o problema, tendo como consequência uma solução verdadeira trazendo paz e equilíbrio para o sistema. Ademais, o direito sistêmico assume que cada indivíduo faz parte de um sistema próprio, sendo que cada um deles possui suas particularidades, possibilitando assim um tratamento personalizado e adequado para cada divergência (ARAÚJO, 2019). Tendo como objetivo, portanto, é conciliar as partes de forma profunda e definitiva, através da compreensão e conhecimento de causas ocultas geradoras de desavenças, de forma a se encontrar a verdadeira solução.

Neste sentido o Direito Sistêmico concretiza-se como um direito direcionado para manutenção das garantias fundamentais dos indivíduos por meio de soluções pacificadoras que enalteça o valor de cada parte envolvida na lide. Diante disso, os gestores da justiça irão agir de forma a garantir a paz social, reconhecendo ser este o ensejo de toda pessoa humana (OLDONI, 2018).

Trata-se de uma ferramenta terapêutica que auxilia na busca por justiça e paz social. Um novo olhar para a construção da verdadeira justiça. Não tem como intenção enfraquecer o sistema atual e sim fortalecê-lo, buscando humanização, solução, inclusão e pacificação (STORCH, 2018).

Este método vem para promover a paz ao alívio originalmente bélico do Direito e revelar a problemática de maneira mais profunda e segura, visualizando sua causa primordial e fazendo com que o Poder Judiciário conquiste a solução do conflito como todo, motivando uma sociedade mais justa.

### **3. APLICAÇÃO DO MÉTODO NO ÂMBITO JURISDICIONAL**

No decorrer deste artigo houve a descrição das Leis sistêmicas e exemplos práticos dessas, do método e a relação do Direito sistêmico com a Justiça Humanizada. Seguindo uma linha de raciocínio neste capítulo será apresentado como ocorre a aplicação deste método no judiciário e como os profissionais jurídicos trabalham com este.

A área mais comum de aplicação do Direito Sistêmico no âmbito civilista são Direito de Família e Sucessões. É corriqueiro na esfera judicial os processos de divórcio, guarda, alimentos, divisão de bens, herança, alienação parental, adoção e nem sempre estas questões no caso concreto vem livres de um conflito interno, pois se chegou até o judiciário foi em razão das partes não conseguirem resolver entre si. E esses conflitos, geralmente, têm como origem no sistema familiar, pois este entrou em desequilíbrio por desrespeito às Leis Sistêmicas. Essas observações não estão visíveis no viés da legislação e acontece, na maioria dos casos, que a problemática é “resolvida” com aplicação do texto legal. Isso significa que não houve a real solução do conflito, pois na maioria das vezes apenas um agente fica satisfeito e assim tem como consequência a formação de outro litígio e dessa forma nunca será resolvido o problema em sua totalidade (OLDONI, 2018). Pois, a verdadeira solução todos os envolvidos ficam satisfeitos e assim trazendo paz ao sistema.

A consequência de um litígio familiarista que não foi devidamente “pulverizado, tratado e resolvido” nos autos de uma ação judicial, é o ajuizamento de várias outras ações, envolvendo as mesmas partes, ou seja, a insatisfação do jurisdicionado em relação à tutela jurisdicional o leva à reincidência. e reincidência, por sua vez, corrobora para o abarrotamento de ações judiciais no Poder Judiciário (OLDONI et al., 2018, p. 81).

Ainda não é um trabalho predominante na esfera judicial, mas, as constelações familiares vêm sendo uma alternativa para se tratar os conflitos. Esta é mais desenvolvida em escritórios de advocacia, na maioria das vezes, tem a colaboração terapêutica, tendo como resultado um comum acordo entre as partes, sem que tenha que jurisdicionar o caso, assim, sendo solucionado o problema. É importante lembrar que têm pessoas que não aceitam a constelação, uma das razões do pouco uso da ferramenta. E como se trata de um método novo ainda não se tem uma gama de profissionais qualificados e existem também os que preferem aplicar o velho sistema. Mas, quando a questão é constelada é adaptada dependendo do local em que será realizada, do caso, respeitando o dispositivo legal e a ética. Têm tido resultados impressionantes quando aplicada, pois, todas as partes saem satisfeitas e assim não há volta e nem gera novos conflitos, porque se alcançou a verdadeira solução.

A cliente trouxe caso do inventário do seu avô para a constelação. Tratava-se de um processo muito antigo, de mais de 25 anos, que estava estagnado há muito tempo. No início da constelação, após ouvir a narrativa da cliente, a consteladora decidiu colocar três representantes: o primeiro para seu avô ( de cujus) , o segundo para a avó (viúva) e o terceiro para a herança. Evidenciou-se um forte impasse entre o casal, por meio do relato de uma mal-estar sentido pelos representantes. Ela sentia uma grande mágoa por conta da sua ausência, pois, segundo a neta contou, ele esteve distante da família, por muitas vezes, por conta do seu trabalho. Assim, a herança deixada pelo avô tinha conotação de sacrifício, porque o patrimônio acumulado era também a consequência de pouco convívio familiar. Dessa forma, o representante da herança apresentava-se paralisado, com um peso, apenas observando a situação entre o casal. Ademais, o constelador percebeu que deveria haver um excluído no sistema e colocou mais um representante. Tratava-se de um antigo amor da avó, que não era visto. Ao ser colocado na constelação, ele pode ser incluído. A partir disso, o sistema como um todo se sentiu aliviado. Em seguida, foi trabalhada a relação entre os avós por meio da utilização de algumas frases sistêmicas. Depois disso, os representantes dos herdeiros foram incluídos na constelação. A eles foi dito pela avó que fizeram um bom uso da herança. Depois, todos foram abençoados, e, definitivamente, o representante da herança pôde se sentir aliviado. Cerca de 15 dias após a sessão, houve

a expedição de alvará do processo autorizando o levantamento de uma quantia significativa, e a ação retomou seu curso, saindo da estagnação em que se encontrava. Como se pode observar a herança assumiu, nesse caso, uma carga relacionada ao acúmulo do patrimônio, que se deu mediante ao sofrimento dos membros da família, os quais ficaram privados do convívio com o pai e marido. Assim, para que o sistema recobrasse seu equilíbrio, e a transmissão do patrimônio ocorresse com tranquilidade, fazia-se necessário olhar para aquela questão (AGUIAR et al., 2018, p. 130).

Sami Storch foi o pioneiro na utilização dessa ferramenta, mesmo antes de exercer a magistratura já estudava sobre o tema, e quando juiz usou do conhecimento adquirido na vara em que trabalhava, de maneira simples, utilizou de bonecos para representar os casos. Tendo como resultado a maioria da sua demanda sendo resolvida de forma eficiente, célere e econômica.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125 que instituiu a Política Pública Nacional de Tratamento dos Conflitos no judiciário, como o objetivo de assegurar o direito e estimular práticas capazes de proporcionar tratamento adequado aos conflitos judicializados, que tenha como consequência a resolução não litigiosa. A partir de então abriu-se as portas para que o Direito Sistêmico fosse adotado pelos profissionais jurídicos (ARAÚJO, 2019).

Atualmente, pelo menos 20 tribunais do país utilizam desse método em diversas áreas e ordenamentos, bem como em diferentes fases processuais. Tendo resultados favoráveis, diminuindo o índice de reincidência, conduzindo para que as partes cheguem a verdadeira solução e saiam satisfeitas e em paz (OLDONI, 2018).

Depreende-se que não é um método que está sendo usado com muita frequência, mas, tem uma boa perspectiva para o uso deste, pois se tem resultados positivos nos casos utilizados. Ademais, não é uma técnica adotada somente pelos profissionais do ambiente de fóruns e tribunais. Advogados utilizam deste meio em seus escritórios com a intenção de se chegar a um acordo extra judicial, quando permitido. O uso deste método por advogado foi nomeado de advocacia sistêmica, que será descrito no próximo capítulo.

### **3.1 Advocacia sistêmica**

A prática da advocacia sistêmica tem como base as Leis Sistêmicas, é um novo paradigma no exercício da advocacia, tem três pilares, que são: modelo estratégico consensual, proposta de valor sistêmica, relacionamento com foco no cliente. Tendo



perfil pacificador, adotando uma advocacia humanizada, escuta ativa e uso de técnicas de comunicação não violenta, empatia. Está transformando a cultura adversarial em cultura de paz, buscando novos caminhos de forma humanizada e consensual.

Estes profissionais são qualificados e aptos para exercer tal método. A qualificação, competência e ética são de extrema importância no processo, pois estes profissionais estarão lidando com o mais íntimo do seu cliente e se isso não for respeitado e nem conduzido de forma correta irá acarretar mais desequilíbrio para o sistema. Não necessitando ser constelador, mas desenvolver e respeitar as leis e o pensamento sistêmico.

O advogado sistêmico possui um propósito de vida bem definido: ele acredita e tem paixão por uma advocacia humanizada e estratégica. Não possui perfil litigante e busca construir seu legado promovendo o uso de diversas formas de composição de conflitos de interesse como via principal de acesso à justiça. Dessa forma sua advocacia é única e se destaca de todas as demais, pois o ser humano é o grande diferencial. (OLDONI et al., 2018, p.51)

O advogado sistêmico deve desenvolver o pensamento sistêmico, aceitando que o mundo é composto por sistemas e cada um tem suas peculiaridades e esse estando perturbado afeta todas as áreas da vida do cliente. E a postura desses profissionais devem ser de acolhimento e procura por soluções verdadeiras, céleres e econômicas, abrindo as portas para que os agentes enxerguem a resolução da questão. E um ponto muito importante é que estes devem desenvolver o autoconhecimento.

## **CONCLUSÃO**

O Direito Sistêmico é um método de tratamento dos conflitos já utilizado em alguns tribunais brasileiros. Apresenta técnicas inovadoras que tem como objetivo promover a real solução dos conflitos, numa perspectiva de colaborar com estratégias humanizadas de enfrentamento das controvérsias jurídicas e sociológicas.

A pesquisa apresenta perspectivas sobre o padrão atual de justiça. A pauta da humanização da justiça, temática de grande pertinência na atualidade, é muito debatida de maneira a refletir e repensar o tratamento dado aos conflitos no atual molde adotado pela justiça brasileira.

Com o estudo realizado, percebe-se que o Direito Sistemico contribui de maneira significativa para a humanização da justiça. É possível inferir que esta técnica traz uma paz para o cenário jurídico quando aplicada de forma eficiente e por profissionais capacitados. Os entes envolvidos no processo têm uma solução verdadeira da problemática, trazendo resultados positivos. É um trabalho feito com intuito de encontrar e resolver as raízes do problema.

Na perspectiva dos objetivos a serem alcançados pelo trabalho, compreende-se que o Direito Sistemico é um método adequado para o tratamento adequado de conflitos porque considera que cada questão tem suas peculiaridades e trabalha para resolvê-las de forma particular.

Profissionais jurídicos especializados para a atuação nesta área também é uma característica indispensável para o sucesso do método, de forma a preservar e respeitar a correta aplicação das técnicas.

É clarividente que os valores do Direito Sistemico e da Justiça Humanizada estão associados, pois o método tem como objetivo sanar as problemáticas dos indivíduos, trazendo-lhes paz, com isso conclui que o foco é o bem-estar do ser humano respeitando a sua individualidade existencial.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ana Cecilia Bezerra de. Et al. **Direito sistemico: o despertar para uma nova consciência jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ÂMBITO JURÍDICO. **O acesso à justiça mais ampliado e humanizado, com a criação e o aumento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-acesso-a-justica-mais-ampliado-e-humanizado-com-a-criacao-e-o-aumento-dos-centros-judiciarios-de-solucao-de-conflitos-e-cidadania-cejuscs/>>. Acesso em 12 mai. 2020.

ARAÚJO, Daniela Martins; MILHOMEM, Larissa. **Direito Sistemico: um novo olhar aos conflitos de interesse**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/73465/direito-sistemico-um-novo-olhar-aos-conflitos-de-interesse>>. Acesso em 12 mai. 2020.

BARBOSA, Ivan Machado. **Fórum de Multiportas: uma proposta de aprimoramento processual**. Brasília, 2003.

BEHRING, Eliane Rossetti. **Política social: fundamentos e história**. v. 2. 8a ed. São Paulo: Cortez, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Márcio Pugliesi. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BITTAR, Eduardo C.B. **Teorias sobre a Justiça; Apontamentos para a História da Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 mai 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15.10.2020.

CARIONI, Carla. **As três fases da Constelação Familiar. Psicologia Quântica**. Disponível em: <<https://carlacarioni.com.br/blog/17/as-tres-fases-da-constelacao-familiar>>. Acesso em 12 mai. 2020.

CRUZ, Miriam Taciana Miranda. **O acesso à justiça de maneira humanizada através da mediação de conflitos extrajudicial, em observação à prática do Dialogar-Núcleo de Mediação Extrajudicial da UFJF. Universidade Federal de Juiz de Fora. Faculdade de Direito**. Juiz de Fora: 2016. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/3218/3/miriamtaciandacruz.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2020.

DANTAS, David Diniz. **A humanização da Justiça: Juiz federal inova com decisões baseadas nas condições sociais, e não apenas no que diz o texto das leis: Só princípios não são suficientes**. Disponível em: <[https://istoe.com.br/23842\\_A+HUMANIZACAO+DA+JUSTICA/](https://istoe.com.br/23842_A+HUMANIZACAO+DA+JUSTICA/)> Acesso em 12 mai. 2020.

DIREITO PROFISSIONAL. **O que são os métodos adequados de solução de conflitos**. Disponível em: <<https://www.direitoprofissional.com/metodos-adequados-de-solucao-de-conflitos/>>. Acesso em 12 mai. 2020.

DIREITO, Sistêmico- **TJ Goiás é premiado é premiado por mediação baseada na técnica de constelação familiar**. [Em linha]. [Consult. 12 dez 2016]. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2015/06/24/tj-de-goias-e-premiado-por-mediacao-baseada-na-tecnica-de-constelacao-familiar/>>. Acesso em 12 mai. 2020.

DIREITOSISTÊMICO- **Judiciário de Mato Grosso estuda as ordens sistêmicas aplicadas às organizações.** [Em linha]. [Consult. 25 jun 2016]. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/.../ordens-sistemicas.../>>. Acesso em 12 mai. 2020.

22

GANEM, Pedro Magalhães. **A humanização da Justiça: A audiência de custódia fará com que corra um pouco de "sangue" no gélido coração da Justiça.** Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/185074158/a-humanizacao-da-justica>>. Acesso em 12 mai. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projeto de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HELLINGER, Bert. *A fonte não precisa perguntar pelo caminho: um livro de consulta.* Patos de Minas: Atman, 2005.

HELLINGER, Bert. *A paz começa na alma.* 2 ed. São Paulo: Cultrix, 2016. HELLINGER, Bert. **O amor do espírito na Hellinger Sciencia.** Patos de Minas: Atman, 2009.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele Tem. **Um lugar para os excluídos: conversas sobre os caminhos da vida.** Patos de Minas: Atman, 2006.

JURISWAY, Sistema Educacional Online. **Humanização da Justiça - Uma Abordagem Conceitual.** Disponível em: <[https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=576](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=576)>. Acesso em 12 mai. 2020.

JUSBRASIL. **Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional.** Disponível em: <<https://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>>. Acesso em 12 mai. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalho científicos.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MANNÉ, Joy. **As constelações familiares em sua vida diária.** São Paulo: Cultrix, 2008.

MIGALHAS. **A advocacia humanizada e a sua importância.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/299660/a-advocacia-humanizada-e-a-sua-importancia>>. Acesso em 12 mai. 2020.

MOTA, Rachel Girão Sobreira. **Métodos de tratamento adequados de conflitos no poder judiciário.** Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão – CEPE. Curso de Processo Civil e Gestão do Processo. Fortaleza-CE: 2014. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/PDF7.pdf>>. Acesso em 12 mai. 2020.

NOGUEIRA, Jessica Silva. **A humanização da justiça: Conciliação, mediação e justiça restaurativa.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68980/a-humanizacao-da-justica>>. Acesso em 12 mai. 2020.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direitos sistêmico: aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao direito de família e a direito penal.** 2 ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

OLIVEIRA, Camilla Felix Barbosa de; BRITOLL, Leila Maria Torraca de.

OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de. **O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social.** Curitiba: Multideia, 2013.

**Humanização da Justiça ou judicialização do humano?** Psicol. clin. vol.28 no.2 Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-56652016000200009](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652016000200009)>. Acesso em 12 mai. 2020.

PEROVANO, Dalton Gean. **Manual de metodologia científica: para a segurança pública e defesa social.** São Paulo: Juruá Editora, 2014.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 23 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

SOARES, Edvaldo. **Metodologia científica: lógica, epistemologia e normas.** São Paulo: Atlas, 2003.

STORCH, Sami. **Consultor Jurídico: Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-e-uma-luz-solucao-conflitos>>. Acesso em 12 mai. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

<sup>[1]</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: guilherme@catolica-to.edu.br

## **FEMINICÍDIO E LEI MARIA DA PENHA, O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO PERÍODO DA PANDEMIA**

**DANNIELE VIEIRA NASCIMENTO LINS:**

Graduanda do curso de Direito no Centro Universitário Luterana de Manaus – ULBRA.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO[1]

(orientador)

**RESUMO:** Resquícios do modelo patriarcalista que predominou desde a formação das civilizações, renderam uma cultura exacerbada de valores conservadores que construiu na sociedade uma barreira que aparta e diferencia os gêneros, fazendo prevalecer a supremacia do homem sobre a mulher. Reflexos dessa condição de desigualdade se arrastaram pelos séculos, rendendo frutos que, até os dias de hoje, desencadeiam contínuos casos de violência contra mulheres, que beirando ao extremo, vitimam de forma fatal inúmeras destas no cotidiano. Contudo, importa ressaltar, que em termos legais, houve certa evolução, quando se direcionou a atenção aos crimes de homicídio praticados contra as mulheres, em razão de gênero, de modo específico, inserindo na legislação, um novo tipo penal, denominado feminicídio (Lei nº 13.104/2015). Incide o aludido instrumento sobre as raízes discriminatórias, a invisibilidade e a impunidade que norteiam os crimes contra as mulheres. Não obstante, o recente diploma evidencia a responsabilidade do Estado, que muitas vezes compactua com o agravamento de tal problemática, seja por ação ou omissão. Nessa conjuntura, pretende-se com esta proposta, analisar aspectos gerais da violência, dedicando uma abordagem especial à violência contra mulheres, destacando as condicionantes (fatores) que fomentam esse ciclo perverso. Para tanto, este estudo caracteriza-se por meio de uma pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, com objetivo exploratório e, de finalidade descritiva.

**Palavras-chave:** violência, mulher, feminicídio (Lei nº 13.104/2015).

**ABSTRACT:** Remains of the patriarchal model yielded an exacerbated culture that instilled in society a barrier that separates and differentiates the genres, prevailing the supremacy of the man over the woman. Reflections of this condition of inequality have dragged on for centuries, yielding fruits that, to this day, trigger continuous cases of violence against women, which border on the extreme, victimize in a fatal way countless of these in daily life. However, it is important to note that, in legal terms, there was a certain evolution, when the crimes of homicide practiced against women, by reason of gender, were specifically introduced, inserting in legislation a new criminal type, called femicide (Law n. 13.104/2015). The aforementioned

instrument focuses on the discriminatory roots, invisibility and impunity that guide crimes against women. Nonetheless, the recent diploma evidences the responsibility of the State, which often agrees with the aggravation of such problems, whether by action or omission. Now, this proposal intends to analyze general aspects of violence, focusing on violence against women, highlighting the constraints (factors) that foment this perverse cycle. Therefore, this study is characterized by a bibliographical research, with a qualitative character, with an exploratory objective and, for a descriptive purpose.

**Keywords:** violence – woman – femicide (Law n. 13.104/2015).

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTOS HISTÓRICO E DIMENSÕES DA VIOLÊNCIA; 3. ANTECEDENTES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS; 4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CONFIGURAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA; 5. O FEMINICÍDIO: CAUSAS E EFEITOS; 6. CONCLUSÃO. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, no cenário da realidade brasileira a violência tem tornando-se cada vez mais latente, refletindo em um panorama de insegurança generalizada, revelando crimes que chocam e assustam a sociedade, que amedrontada clama atenção do Estado no sentido de apontar soluções para reversão desse caos que se instaurou no país.

Refletida nos atos de intolerância, agressividade por quaisquer motivos, a violência fez eclodir no cenário atual, diversas de suas manifestações. Em sua forma mais extrema, mortes violentas todos os dias são noticiadas e, dentre as vítimas fatais, estão mulheres.

Todavia, sabe-se que não é fato recente evidenciar a mulher nesse contexto de violência. Ao contrário, é possível observar que ao longo da história da humanidade, fatos pontuais comprovam o desejo de supremacia do homem em relação à mulher. Na época do patriarcalismo, imbuído de poderes e privilégios, ao homem era conferido inclusive o direito de determinar sobre a vida ou a morte da mulher, como se objeto ou propriedade sua fosse. À mulher restava a condição de ser inferior, ora submissa aos desígnios do homem, outra de agressões físicas (castigos corporais), exploração de todas as formas (sexual, tarefas domésticas) e etc.

Fatos dessa natureza corroboram no sentido de que a desigualdade de gênero é uma questão antiga, que transcende os primórdios da humanidade. E, a



batalha travada entre homens e mulheres, ainda que não seja em um formato declarado, existe e persiste na sociedade.

A luta das mulheres na conquista de seu espaço com direitos foi incessante, muitas precisaram passar por situações cruéis e, até fatais que foram os elementos propulsores para que não mais se calassem. As marcas que trouxeram como bagagem refletiam a angústia, os medos, as frustrações e desejos reprimidos há tempos. A vulnerabilidade incitou a coragem de alguém que apenas desejava ter visibilidade perante a sociedade, ter voz e ser ouvida, enfim constituir-se um sujeito de direitos e deveres.

Em que pese a discussão proposta, inicialmente se concentrará em abordar a violência em linhas gerais, pontuando aspectos mais relevantes. Em seguida, dispõe-se a compilar principais momentos da história do Brasil em que a violência contra as mulheres ganhou proporções, identificando na história, a origem da configuração em que o homem se sobrepõe na condição de dominante, bem como evidenciar o momento em que a mulher conseguiu reverter, ao menos em parte, o desfecho dessa história de opressão.

Resgatar a origem da violência contra a mulher, as dimensões do passado e como se apresenta nos dias de hoje, ilustrando com exemplos reais casos de grande notoriedade, pela repercussão que tiveram e que serviram, sobretudo para impulsionar o combate da violência contra as mulheres, como em que foram vítimas fatais de seus ex-companheiros, a jovem Eloá e a advogada Mércia Nakashima. Não obstante, não se podem ignorar tantos outros casos que ficaram no anonimato, mulheres que sofreram e sofrem caladas no cotidiano, dentro de suas casas, no trabalho, ou outros ambientes de seu convívio, com seus próprios companheiros, pais, filhos, irmãos, ou estranhos, o que reforça a necessidade de se reverter esse quadro alarmante de violência que o país apresenta, sendo inconcebível a ideia da existência dessa problemática ainda se procrastinando. No decorrer deste, serão destacados ainda os fatores determinantes que desencadeiam essas agressões, tais como: ciúmes, punição a traições ou inconformismo com o fim do relacionamento, entre outros. Além disso, insta explicar sobre as consequências da violência para as vítimas.

No ápice da discussão, considerando que a desigualdade de gênero é causa direta de mortes violentas de mulheres, dedica-se a atenção ao feminicídio, pontuando as causas e efeitos deste crime, declarado hediondo desde o ano de 2015 no país, que passa a configurar objeto deste estudo.

Por fim, cabível trazer à baila os instrumentos jurídicos que foram propulsores na defesa das mulheres vítimas de violência. Nesse contexto, merece

destacar a Lei nº 13.104/2015, que incluiu o feminicídio no artigo 121, do Código Penal.

Configura-se este estudo, uma pesquisa de abordagem qualitativa, sendo descritiva quanto aos seus objetivos, seguindo o método dedutivo ao trazer literaturas técnicas e específicas sobre o assunto discutido. Ademais, constitui-se uma pesquisa bibliográfica com fundamentação teórica orientada por diplomas legais do ordenamento jurídico, como a Constituição Federal, doutrina, a Lei Maria da Penha, Código Penal, além de tomar como aporte trabalhos científicos que tratam desta temática.

Pretende-se com esta obra incitar a sociedade sobre a importância de se rever padrões e conceitos do passado, romper com paradigmas que inferiorizam a mulher, e propagar parâmetros legais que a fortaleçam diante de seus agressores. Para tanto, deve-se ainda, cobrar do Estado seu dever de promotor da integridade dos seus cidadãos por meio da implementação de políticas públicas de assistência, ações efetivas de prevenção, sobretudo garantindo a aplicabilidade dos instrumentos legais.

## **2. CONTEXTOS HISTÓRICO E DIMENSÕES DA VIOLÊNCIA**

No Dicionário Aurélio, Ferreira (2010, p. 2065), define a violência como: “qualidade de violento; ato violento; ato de violentar; constrangimento físico ou moral; uso da força; coação”. Krug et al. (2002, p. 5) ressaltam o conceito aplicado pela Organização Mundial de Saúde compreendendo a violência como:

Usar intencionalmente força real ou ameaçadora ou força contra si mesmo, contra outros, contra grupos ou comunidades, causando ou com probabilidade de causar ferimentos, morte, danos psicológicos, deficiências de desenvolvimento ou privação.

Atrelada a um conceito mais analítico, a Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências, do Ministério da Saúde, define violência como: “as ações humanas que afetam a integridade e a saúde física, moral, mental ou espiritual” (TOLEDO, 2013, p. 6).

No mesmo sentido, a explicação de Minayo e Souza (1998, p. 513) mostram que “a violência consiste em ações humanas de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual”. Esmiuchando estudos sobre a origem da violência, regressa-se à Era Primitiva, período em que é possível evidenciar agressividade

instintiva do homem, que o conduzia para sobreviver na natureza, seja com a caça ou a pesca. Neste ponto, Pesavento (2006, p. 1) traz como reflexão que “a violência é antiga, parece ser mesmo congênita na trajetória do homem sobre a terra, ou mesmo antes, se remontarmos aos mitos ancestrais [...]”.

Possível afirmar que não houve ou há sociedade sem violência, ao contrário, o que existiram e existem são sociedades mais violentas que outras; cada uma com sua história (MINAYO, 1994, p. 7). A violência é histórica, “é de todos e está em todos” (GIRARD, 1990, p. 10).

Analisando a trajetória da violência, observa-se que constitui está uma problemática que fez e continua fazendo parte da conjuntura social, ganhando novas dimensões, está inserida entre os homens, enraizada em muitas culturas. Nessa perspectiva, a desigualdade desponta como fator primordial que evoca a violência a tal ponto que em muitos lugares é difícil erradicá-la.

Disso emerge que o exercício arbitrário do poder, a intolerância diante das diferenças, a desumanização do outro, a banalização de valores como a vida, a dignidade e a liberdade tão presentes no mundo atual vêm produzindo desigualdades crescentes, fazendo com que grupos, nações e indivíduos se tornem mais vulneráveis que outros ao sofrimento e a morte (MINAYO, 1994).

Nas sociedades de hoje, muito embora exista a comoção humana no sentido de praticar o bem, em paralelo afora também aspectos negativos que condicionam o indivíduo a disputas intermináveis, seja por poder, dinheiro, religião, política, entre outros, como conseqüência o mundo tem seguido padrões de brutalidade, rivalidades entre os pares, especialmente os mais vulneráveis.

Na concepção de Pereira et al. (2001, p. 96) a violência se traduz nos:

[...] atos com intenção de prejudicar, subtrair, subestimar e subjugar, envolvendo sempre um conteúdo de poder, quer seja intelectual quer seja físico, econômico, político ou social. Atingem de forma mais sutil os seres mais indefesos da sociedade, como crianças e adolescentes, e também as mulheres sem, contudo, poupar os demais.

De acordo com Rocha (1996, p. 10) analisa que, a violência, sob todas as formas de suas inúmeras manifestações, pode ser considerada como uma vis, uma força que transgrede os limites dos seres humanos, tanto na sua realidade física e psíquica, quanto no campo de suas realizações sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas. Em outras palavras, a violência, sob todas as suas formas, desrespeita os

direitos fundamentais do ser humano, sem os quais o homem deixa de ser considerado como sujeito de direitos e de deveres, e passa a ser olhado como um puro e simples objeto.

Quanto à classificação, a Organização Mundial de Saúde (2002) classifica a violência por tipo, podendo ser: auto infligida (suicídio, auto abuso); interpessoal (família e parceiros íntimos e violência comunitária); violência coletiva (violência social, política e econômica).

a) violência auto infligida: O suposto suicídio, tentativas e pensamentos de homicídio e automutilação. Normalmente, esses comportamentos podem estar relacionados à interrupção do ciclo de vida, como adolescência e velhice, graves crises econômicas que levam ao desemprego, baixa expectativa de futuro, doença grave ou terminal, doença mental grave e abuso de substâncias psicoativas. de outros. Essa violência, como o homicídio, mostra sintomas de destruição social.

b) violência interpessoal: é uma forma de estabelecer relações com outras pessoas com base na arrogância, discriminação, intimidação, raiva, vingança e ciúme, que geralmente causa danos morais, físicos (incluindo a morte) e psicológicos. É diferente dos conflitos na sociedade e nas relações interpessoais. O problema é que quando os conflitos se tornam teimosos e inflexíveis, por meio do uso de autoritarismo, abuso, ameaças ou guerra provocativa ou morte, a outra parte é obrigada a permanecer em silêncio ou compensar uma à outra. Você pode contatar: crianças, pares, subordinados, colegas, pessoas de outras classes, grupos sociais ou países.

c) violência coletiva: Suas características baseiam-se em qualquer distinção, exclusão ou restrição de atributos como raça, classe social, crença religiosa, etc., que venham a abolir ou prejudicar o exercício dos direitos humanos e das liberdades fundamentais na política, economia, sociedade, cultura ou outras áreas da vida. Por exemplo: conflitos violentos entre países e grupos, movimentos de grande número de pessoas deslocadas, guerras entre gangues e destruição em grande escala de bens públicos. (KRUG et al, 2002, p. 6).

Seguindo ainda a OMS (2002), a violência interpessoal pode ser intrafamiliar e comunitária:

a) Violência intrafamiliar: também chamada de violência doméstica, diz respeito aos conflitos familiares transformados em intolerância, abusos e opressão. Tem muitas manifestações, mas as mais comuns são as que submetem as mulheres, crianças e idosos à autoridade do pai, marido e provedor. Também colocam as crianças e jovens sob o domínio (ao invés da proteção) dos adultos;

b) Violência comunitária: é aquela praticada entre indivíduos sem laços de parentesco, sejam eles conhecidos ou desconhecidos. É cometida por pessoas em atos de violência gratuita, estupro e outras violências sexuais e também por instituições públicas ou privadas como escola, serviço de saúde, banco, condomínio, dentre outros.

Na classificação de Toledo (2013, p. 6), além dos indicados pela OMS, são considerados ainda como tipos de violência: a violência criminal que se refere às agressões às pessoas e aos seus bens; a violência institucional, que ocorre dentro das instituições por meio de regras, normas de funcionamento e relações burocráticas, reproduzindo as injustiças da estrutura social; e, a violência cultural, a que se expressa por meio de discriminações e preconceitos que de tão repetidos e reproduzidos se tornam comuns e naturais na sociedade. Nesta última, destaca-se dentre os tipos mais frequentes e graves:

a) Violência de gênero: é uma forma específica de violência cultural que se constitui em dominação, opressão e crueldade construídas e reproduzidas no dia a dia das relações de poder desigual entre os gêneros. É exercida principalmente contra as mulheres na forma de machismo. b) Violência racial/étnica: é uma das mais cruéis formas de violência cultural e ocorre pela discriminação de uma pessoa ou grupo pelos seus atributos étnicos como cor da pele, formato de partes do corpo, textura do cabelo, entre outros. Em geral, vem acompanhada pela desigualdade social e econômica que, no Brasil, está historicamente relacionada à escravidão de pessoas de origem africana (TOLEDO, 2013, p. 9).

Quanto à natureza dos atos violentos, a OMS (2002) evidencia as formas: física, sexual, psicológica, envolvendo privação ou negligência, em que:

a) violência física: constitui-se como o uso da força para produzir lesões, traumas, ferimentos, dores e incapacidades em outra pessoa. Ocorre em todos os ambientes, principalmente no espaço familiar e nas instituições de “proteção”. Um exemplo é o castigo corporal, usado para “educar” crianças e adolescentes, o qual deteriora a relação entre pais e filhos e ensina um modelo agressivo de solução para os problemas, quando o ideal seria buscar o diálogo;

b) violência sexual: ato ou jogo que ocorre nas relações hetero ou homossexuais e visa a estimular a vítima ou utilizá-la para obter excitação sexual nas práticas eróticas, pornográficas e sexuais, por meio de aliciamento, violência física ou ameaças. Suas principais vítimas são crianças e adolescentes, mas ocorre em todas as fases do ciclo de vida;

c) violência psicológica: se refere a agressões verbais ou gestuais com objetivo de aterrorizar, humilhar, amedrontar a vítima, restringir sua liberdade ou isolá-la do convívio social. São exemplos: testemunhar violências, ser envolvido na relação conflituosa entre os pais ao ponto de rejeitar um deles por influência do outro, ser submetido a situações humilhantes e constrangedoras no trabalho, entre outras;

d) negligência, abandono e privação de cuidados: caracteriza-se pela ausência, recusa ou falta de atendimento a alguém que deveria receber atenção e cuidados. Ela pode ocorrer mesmo quando há recursos disponíveis para a família ou responsável. Um tipo específico é a negligência emocional, que acontece quando os responsáveis, independente da justificativa, deixam de dar apoio afetivo e psicológico à criança, ao adolescente ou à pessoa idosa. O abandono é a forma mais grave de negligência (KRUG et al., 2002, p. 6).

Não obstante, segundo Minayo (1994, p. 7) classifica a violência em:

a) violência estrutural, que é a violência dentro das estruturas sociais organizadas e institucionalizadas, tais como a família e os sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais;

b) violência de resistência, que surge como possíveis reações manifestadas contra a violência estrutural;

c) violência da delinquência, que está presente nos considerados atos ilegais em determinados grupos sociais, além de estar também associada à violência estrutural.

Nesse contexto, importa frisar que todas as formas de violência acometem grupos de pessoas mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, mulheres, idosos, assim como outros. Para conseguir abordar de modo mais específico e contundente determinado grupo, este estudo direcionará a atenção às mulheres, a violência praticada contra estas, compreendida como violência de gênero, sobretudo em sua mais perversa forma, que é o feminicídio, mesmo crime de homicídio tipificado no artigo 121, do Código Penal, que por se tratar de uma questão pontual, bastante recorrente, acabou ganhando tal denominação. Esse tipo de violência muitas vezes foi e ainda é visto como questão cultural, posto que para muitos, é normal, natural o cometimento de tal ato. Por assim ser, merece uma análise mais apurada sobre a origem dessa problemática.

### **3. ANTECEDENTES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS**

No decorrer dos séculos, evidencia-se por meio de relatos históricos que desde muito tempo a mulher vivenciou inúmeras formas de violências, inclusive que resultaram em morte. Procurando a origem que culminou essa configuração, interessa pontuar um aspecto relevante: a igualdade, ou melhor, a desigualdade entre gêneros.

Nota-se que a partir do momento em que deixou de existir a igualdade, cedeu-se lugar à violência. Situando-se na cronologia da história geral, estudos dão conta que nos tempos remotos ainda não havia desigualdade entre homens e mulheres, logo, não existia violência. A solidariedade era garantia de sobrevivência, pois que a união era necessária para o bem comum. Alambert (2004, p. 27) explica que:

Na aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. [...] os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava percia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres.

Com a formação das comunidades, o papel da mulher ganhou mais relevância, cabendo-lhe trabalhar a terra, domesticar animais, cuidar das crianças, velhos e doentes, “além de criar vasilhames, utilizar o fogo, preparar unguentos, poções, enquanto o homem ia à caça de alimentos” (ALAMBERT, 2004, p. 27). E, assim, a igualdade deixou de existir.

Entretanto, na concepção de Cabral (2008, p. 15-16), é com o surgimento das estruturas familiares, adotando o modelo patriarcal, que inflama a desigualdade entre os pares:

A organização familiar é produto da organização histórica do ser humano. Isso porque, devido à necessidade de reprodução da espécie eles acabaram encontrando diferentes formas de relação entre si. [...] Durante todo processo histórico a sociedade vivenciou diferentes formas de organização doméstica, entre elas, encontra-se o patriarcado, o qual “centra-se na figura masculina”.

De acordo com Saffioti (2004, p. 49) aponta como um dos elementos nucleares do patriarcado, “o controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa ao marido”. O homem pretendia, com isso, garantir a “transmissão da herança a mãos legítimas”. Para isso, passou a “vigiar” suas mulheres “para terem certeza da sua prole”.

Além disso, Del Priore (2006, p. 33) argumenta que:

É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto. Basta pensar na facilidade com que eram infectadas por doenças venéreas, nos múltiplos partos, na vida arriscada de reprodutoras.

Com o mesmo raciocínio sobre a desigualdade entre os gêneros ter emergido a partir da formação das famílias, Morin (1984) apud Januário (2016, p. 82) “sugere que a afirmação da superioridade masculina coincide com o nascimento da família enquanto microestrutura social”. Nesse aspecto, em consequência disso, as mulheres acabaram por tornarem-se submissas a seus maridos, oprimidas dentro da própria estrutura familiar, a “obediência da esposa era lei” (DEL PRIORI, 2006, p. 33).

Por assim ser, não é difícil crer que com essa condição de supremacia do homem sobre a mulher, sobressaiu-se a desigualdade entre os gêneros. O homem assume a postura de mais forte, poderoso e, como marido deveria ser dominador,



insensível, egoísta. À mulher era conferida a obediência a este, deveria ser esposa fiel, recatada, submissa, recolhida, com sua maior missão: a procriação. Na análise de Beauvoir (1970, p. 14), “a mulher sempre foi, senão a escrava do homem ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições”.

Do patriarcalismo, Saad (2010) apud Bertolin e Andreucci (2010, p. 10) recordam ainda que:

A relação conjugal imitava a relação estatal com os cidadãos, de natureza hierárquica e moldada sobre o binômio autoridade-submissão, e tinha como palavras de ordem: poder doméstico, controle marital, obediência da mulher [...]. Historicamente o homem e a mulher têm sido educados para serem, respectivamente, dominante e submissa [...].

Para Engels (2006, p. 48), a família da época dos romanos que apresentava como característica principal o patriarcalismo, com o homem como detentor pátrio poder e o direito de vida ou morte sobre a mulher, os filhos e escravos, representou a “expressão de grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo”.

O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. (GONÇALVES, 2014, p. 13).

Perceptível, que o modelo patriarcalista imbuído nas estruturas familiares evidenciou realmente uma “derrota” das mulheres, considerando que a elas não foi sequer conferido o direito de ter vontade, tão pouco outros, foram, pois, anuladas em todos os aspectos.

Assevera ainda, Foucault (2005, p. 127) que “o direito de vida e morte era um privilégio característico do soberano, derivado do conceito de patriapotestas, direito do pai de família romana de dispor da vida de seus filhos e escravos”.

O homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o clube masculino mais exclusivista de todos ao tempo. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder sobre a mulher (VRISSIMTZS, 2002, p.38).

A todo o momento, observa-se que os homens se inflam de poder e sugam quaisquer possibilidades de a mulher ascender, ou mesmo de exercer suas capacidades sem que seja no ambiente doméstico.

Para a Igreja, era preciso que a mulher fosse honrada, considerando como tal:

[...] aquela que vive reclusa no interior do lar, ocupada nos afazeres domésticos, distante do espaço público. Tutelada pelo marido, que lhe ministra – sempre em pequenas doses – alguns prazeres e atenções, ela deve quando casada ser separada do contato com a casa paterna, proibida de visitas frequentes, e viver inteiramente para o esposo. Seus desejos e ambições devem ser fingidamente satisfeitos para que tenha a sensação de que os realizou. Com um número restrito de criados e pouco dinheiro a disposição, a esposa ideal deve governar a casa evitando intimidades até mesmo com aqueles que vivem sob seu teto. Os contatos com o confessor, as idas a igreja, ou a participação em festas devem ser dosadas. Nada de folguedos, de adornos e modismo. Nada de risos e danças fora de casa, olhares galanterias. (ALGRANTI, 1993, p.116)

Quanto pior que ser regrada, vigiada, a mulher desse período, considerada bruxa, foi massacrada, perseguida até a morte pela Igreja:

[...] a morte, que sempre foi considerada pelos cristãos como um fim a ser atingido, que nunca foi encarada como um mal, que tem um significado de dignificação, é tomada como instrumento de luta sem maiores escândalos ou problemas de consciência no interior da própria Igreja. Considerava-se que o pecador era queimado para o seu próprio bem. [...] o poder mais cruel se considerava santo com todo o direito de condenar e despedaçar o feminino em nome de Deus (FREIRE et al., 2006, p. 56).

Soma-se a isso, que discursos de intelectuais e humanistas contribuíram para estigmatizar a mulher como ser inferior e impuro, incidindo uma justificação ideológica e à desvalorização feminina, no contexto da desintegração do modo de produção feudal.

Existia um forte preconceito contra as mulheres, manifestados, inclusive por ilustres filósofos, cientistas e escritores, senão veja-se: Tertuliano, teólogo cristão,

nascido em Cartago no ano 155 d.C., retratava que a mulher era: “a porta do demônio”; Voltaire, filósofo nascido em Paris, que viveu de 1694 a 1778, considerava: “O sangue delas é mais aquoso, prova cabal de sua inferioridade”; Diderot, filósofo e hábil escritor, viveu de 1713 a 1784 na França, foi um dos símbolos do Iluminismo e um dos ideólogos da Revolução Francesa, disse: “Apesar de terem aparência de ‘civilizadas’, elas continuam a ser, interiormente, verdadeiras selvagens” (PARADA, 2009, p. 20).

Concentrando-se nas questões atuais, Boaventura Santos (2003, p. 301 – 314) aduz que “as relações familiares estão dominadas por uma forma de poder, o patriarcado, que está na origem da discriminação sexual de que são vítimas as mulheres”. Constitui assim, o patriarcado “a matriz dessas discriminações, ainda que em articulação com outros fatores”.

Com a Revolução Francesa, as mulheres passaram a adquirir visibilidade no convívio privado e coletivo. Além disso, a expansão capitalista e a conseqüente supervalorização das atividades produtivas impulsionam a valorização da pessoa em razão da sua capacidade de produção e a disposição em garantir suas necessidades de sobrevivência e de sua família, introduzindo consideráveis transformações das relações sociais, familiares, sobretudo nos papéis de homens e mulheres.

Entretanto, a mulher ainda passava por vários episódios de violência marcantes, como o incêndio ocorrido no dia 8 de março de 1857, que vitimou cerca de cento e trinta operárias de uma fábrica de tecidos em Nova York que estavam fazendo uma manifestação para reivindicar melhores condições de trabalho; em um ato desumano, trancaram aquelas mulheres dentro da fábrica e atearam fogo, matando-as carbonizadas.

Dentro desse contexto, tratar sobre os antecedentes históricos da violência contra a mulher remete-se ao passado, contudo não é possível precisar o tempo que teve início, tampouco se teve um fim realmente, posto que se intrometeu nas mais variadas estruturas sociais, desde as atividades produtivas, baseadas na divisão sexual do trabalho, até nas atividades reprodutivas, correspondentes aos papéis do homem e da mulher na reprodução humana. Tepedino (2001, p.45), intervém lembrando que “às mulheres não se reconhecia espaço mais amplo que o da casa; o alcance de suas vozes, portanto, acabava se restringindo à esfera do privado, seja por meio da correspondência epistolar, seja mantendo diários que retratavam seu árido cotidiano”.

Além disso, Beauvoir (1970, p. 9) pontua que há séculos é negado à mulher um “status” de sujeito de direitos, na medida em que na sociedade ocidental, em sua maioria machista, é dominada por valores que priorizam o homem e, muito provável

que por esse fato que, a discriminação de gênero ainda persista latente nos dias de hoje.

A dominação do homem sobre a mulher que remonta do passado envolve aspectos culturais, psicológicos, morais e também sexuais. A condição de ser homem ou mulher não é meramente natural, tão pouco aleatória, mas uma construção sociocultural que impõe a superioridade de gêneros, de um sobre o outro, especificamente, do masculino sobre o feminino, apesar de os discursos que historicamente legitimaram o protagonismo masculino se ampararem em argumentos essencialistas (BOURDIEU, 2010; BUTLER, 2008. BEAUVOIR, 2015).

Ademais, convém pontuar que a violência contra a mulher durante muito tempo foi tolerada pela própria sociedade, impregnando nas identidades culturais de homens e mulheres, um grau elevado de aceitação para com as manifestações de agressividade. Tanto o é que até nos dias atuais, quando inclusive a legislação reprova e criminalizar a violência contra as mulheres, muitas das vítimas acabam por não reconhecer as agressões sofridas como sendo violência (SCHAIBER et al., 2005, p. 46). Por esse e outros motivos, que ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher carrega uma enorme desvantagem intrínseca numa cultura construída com preconceitos:

Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta (BEAUVOIR, 1970, p. 14).

Diante disso, urge a necessidade de reversão dessa conjuntura, partindo da concepção de que a mulher não pode mais tolerar condutas discriminatórias, com conteúdo ultrapassados, cheios de ódio, que a inferiorizam e a tornam refém de uma sociedade machista que considera naturais posturas que reproduzem quaisquer formas de violências expressas pelo homem. Some-se a isso, que bastante recorrente tem sido as ocorrências de violência contra a mulher no âmbito doméstico, uma esfera considerada íntima, mas que revela verdadeiras crueldades, que precisam ser estancadas pelo Poder Público. E, para sanar um arranjo de conceitos e condutas que vêm se procrastinando no decurso, foi criada a Lei Maria da Penha.

#### **4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CONFIGURAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA**

A desigualdade e a discriminação contra a mulher são fatores que impulsionam esse ciclo vicioso da violência contra as mulheres, desde o acesso desigual a oportunidades e direitos até crimes mais graves.

Nessa conjuntura perpetuam-se os casos de homicídios de mulheres por parentes, parceiros ou ex, motivados por sentimento de posse e, as mortes associadas a crimes sexuais e aqueles em que a crueldade revela o ódio ao feminino, entre outros. Sobre discriminação, Teles e Melo (2002, p. 28) esclarecem que se refere ao “ato de distinguir ou restringir que tem como efeito a anulação ou limitação do reconhecimento de direitos fundamentais no campo político, econômico, social ou em qualquer outro domínio da vida”. Além disso, “é uma ação deliberada para excluir segmentos sociais do exercício de direitos humanos. É segregar, pôr à margem, pôr de lado, isolar. Pode ser entendido também como desconsideração e desrespeito”.

A violência contra a mulher, num contexto geral:

[...] constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 86).

Sobre os diplomas legais, vale ressaltar que a mulher encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal Brasileira (1988), precisamente pelo artigo 5º, I, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Assim sendo, além dos princípios, a Constituição Federal Brasileira de 1988 incorporou aos direitos e garantias do seu texto original, os estabelecidos em decorrência de acordos e tratados internacionais, as Resoluções da Convenção de Belém do Pará<sup>1</sup> e da CEDAW (Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women) são também garantias constitucionais, como expressa o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2006, p. 15-16).

Impulsionada por movimentos de mulheres, ativistas e pesquisadoras, bem como atendendo às recomendações a nível internacional (Comissão sobre a Situação da Mulher – CSW e o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW) criou-se uma legislação específica para punir e coibir o feminicídio, um instrumento essencial para solucionar o problema da invisibilidade e creditar ao Estado a responsabilidade da continuidade das mortes de mulheres em razão do gênero. Valendo-se do Código Penal, especificamente para os casos de homicídios contra as mulheres, em razão de gênero, provocou-se a Lei nº 13.104/2015, considerando como novo tipo penal, o feminicídio.

## **5. O FEMINICÍDIO: CAUSAS E EFEITOS**

O Feminicídio é o termo utilizado para referir-se especificamente ao homicídio de mulheres em contextos marcados pela desigualdade de gênero. Das várias faces da violência contra a mulher, o feminicídio é a mais extrema, final e fatal. Considerado crime hediondo desde o ano de 2015, no Brasil.

Advém o feminicídio justamente da construção de uma cultura que legitimou a dominação masculina e a submissão feminina e, sobretudo fez eclodir a ideologia de gênero. Nessa linha, derivam conceitos para amparar este tipo penal.

O Feminicídio e gênero são duas questões paralelas que estão intrinsecamente ligadas na sua essência. Portanto, quando se fala em gênero, torna-se primordial entender que está se referindo a “um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos”. O gênero é o primeiro “modo de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 2005, p. 134). “Mais do que estar ligado a papéis masculinos e femininos, o gênero está ligado a identidades dos sujeitos” (OLIVEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA; NINA, 2011, p. 127).

Na explicação de Romero (2014, p. 22), feminicídio é todo e qualquer ato de agressão proveniente da dominação de gênero, cometido contra indivíduo do sexo feminino, ocasionando sua morte. Nessa perspectiva, os autores do crime podem ser pessoas próximas das vítimas, tais como: namorados, maridos e/ou companheiros, outros membros da família ou ainda, desconhecidos.

O feminicídio surge como uma qualificadora ao crime de homicídio descrito no artigo 121, VI do Código Penal. Pela letra do aludido dispositivo tem-se que: Art. 121 Matar alguém: [...] Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: [...]

Feminicídio. VI - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

No próprio Código Penal, incluídos pela Lei nº 13.104/2015 seguem expressos os fatores determinantes para se configurar tal tipificação, como traz o “§ 2º - A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Além disso, no feminicídio constitui causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) até a metade quando praticado o crime: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima (ARTIGO 121, § 7º, CÓDIGO PENAL).

Atenta-se ainda para as tipologias designadas para o crime de feminicídio:

- a) feminicídio íntimo: o tipo mais frequente, em que o homicida mantinha ou manteve com a vítima relacionamento íntimo ou familiar;
- b) feminicídio sexual: ocorre nos casos em que a vítima não possui ligação qualquer com o agressor, mas sua morte foi precedida de violência sexual, no caso de estupro seguido de morte;
- c) feminicídio corporativo: ocorre nos casos de vingança ou disciplinamento, através do crime organizado, como se verifica no tráfico internacional de seres humanos;
- d) feminicídio infantil: aquele imputado às crianças e adolescentes do sexo feminino através de maus-tratos dos familiares ou das pessoas que tem o dever legal de protegê-las (SEGATO, 2006; ROMERO, 2014).

Atualmente, destaca-se entre as categorias apresentadas, que o tipo feminicídio íntimo, que está intrinsecamente vinculado à violência conjugal, ou seja, aquele praticado por pessoas com as quais as mulheres mantinham ou mantiveram relações afetivas, é o mais acentuado.

O Mapa da Violência (2015), no tocante ao feminicídio, apontou que no Brasil, 50,3% dos homicídios foram perpetrados por familiares das mulheres em

situação de violência e 33,2% das mulheres foram mortas pelos seus parceiros ou ex-parceiros (WAISELFISZ, 2015, p. 69).

Deixando marcas no decurso do tempo até os dias atuais, a violência continua vitimando muitas mulheres, senão vejamos os casos noticiados na mídia: a atriz Luiza Brunet, 54 anos, acusou o ex-companheiro, o empresário Lírio Albino Parisotto, 62 anos, de ter "praticado violências físicas e psicológicas gravíssimas" contra ela, em 21 de maio de 2016; Gisele Santos de Oliveira não queria mais continuar casada com Elton Jones Luz de Freitas, marido extremamente ciumento, que no dia 2 de agosto de 2015, o casal discutiu. Elton trancou a casa, guardou a chave no bolso e, passou a agredir Gisele com um facão, atingindo-a na cabeça, e decepando as mãos e os pés desta; em 29 de agosto de 2013, Mara Rúbia Guimarães teve os olhos perfurados ao recusar reatar o casamento Wilson Bicudo. Depois de imobilizá-la, Wilson passou a agredi-la, cortando os olhos de Mara com uma faca (Reportagem G1, 2016).

Quando pior, casos como esses terminam em morte, como o que aconteceu com Eloá, 15 anos, sequestrada e assassinada em 13 de setembro de 2008, pelo ex-namorado, Lindemberg Alves, 22 anos, que não aceitava o fim do namoro; Louise Ribeiro, universitária, após ser dopada com clorofórmio foi assassinada pelo ex-namorado Vinícius Neres, em 10 de março de 2016; Ana Carolina de Souza Vieira, 30 anos, dançarina do Programa Domingão do Faustão, por ciúme, foi assassinada pelo ex-namorado Anderson Rodrigues Leitão, em 4 de novembro de 2015; Adriana Moura de Pessoa Carvalho Moraes, 39 anos, e Jade, 8 meses, foram assassinadas por Marcelo, marido de Adriana e pai de Jade, em 23 de agosto de 2015; A advogada Mércia Nakashima, 28 anos, morta pelo policial militar aposentado Mizael Bispo de Souza por não querer reatar o namoro. Seu corpo foi encontrado em 10 de junho (2010) dentro de uma represa, em Nazaré Paulista; a fisiculturista Renata Muggiatti que foi asfixiada pelo namorado, o médico Raphael Suss Marques.

E, o mais recente entre os casos de crueldade aconteceu com a advogada Tatiane Spitzner, 29 anos, que foi encontrada morta, na madrugada do dia 22 de julho, após cair do 4º andar de um prédio no Centro de Guarapuava, na região central do Paraná. O marido dela, Luis Felipe Manvailier, foi preso na manhã do mesmo dia da morte, após sofrer um acidente na rodovia BR-277, em São Miguel do Iguçu, a 340 km de Guarapuava. Pelas imagens divulgadas observou-se que a vítima sofreu várias agressões, golpes de artes marciais do marido lutador.

Tantos casos que suscitam uma preocupação mais contundente com a violência contra as mulheres, a efetivação dos diplomas legais que revertam realmente o cenário atual, que garantam a proteção ao sexo feminino, consoante aos



ditames constitucionais e, em observância ao princípio da igualdade entre os gêneros, assegurando a homogeneidade entre homem e mulher perante a lei, iguais em direitos e obrigações, propiciando igual tratamento entre ambos, contudo relativizando casos isolados para atenuar desníveis de tratamento.

### **5.1. I AUMENTO DE CASOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19**

O tema da violência contra a mulher é concebido como um problema de natureza complexa e multifacetado, ensejando uma demanda específica com serviços integrados, tais como, assistência jurídica e psicológica e que oferecesse atendimento especializado com tratamento digno e respeitoso às mulheres em situação de violência, uma vez que, nas delegacias em geral, apresentava sinais sexistas e preconceituosos (PASINATO e SANTOS, 2016).

Desta forma, a primeira Delegacia de Defesa da Mulher foi inaugurada em 06 de agosto de 1985, no Estado de São Paulo. O surgimento dessa especializada se justificou por dois fatores. O primeiro, em razão da pressão de movimentos feministas e de mulheres. O segundo, refere-se a mudança política que deu azo à criação de novas instituições e leis que correspondessem a um Estado de Direito Democrático.

Desse modo, a criação de delegacias especializadas no atendimento às mulheres foi considerada como uma das mais importantes políticas públicas no país, tendo expandindo-se posteriormente com diversas unidades em outros estados.

Mesmo abrangendo grande parte do território nacional, as delegacias não se revelaram suficientes para atender às mulheres, uma vez que não dispunham de recursos específicos para tratar de conflitos dessa complexidade.

Ocorre que, apesar da violência doméstica ser um problema antigo sofrido no mundo, durante o isolamento social em tempos de Covid-19 a violência doméstica voltou a ser alvo de muita preocupação, uma vez que este problema está requerendo maior atuação do Estado, como também na economia e saúde pública.

Sendo assim, de acordo com a Agencia Brasil (2020) no que tange a violência doméstica durante a pandemia:

No contexto da pandemia de covid-19, os atendimentos da Polícia Militar a mulheres vítimas de violência aumentaram 44,9% no estado de São Paulo. Em relatório divulgado hoje (20), o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informa que o total de socorros prestados passou de 6.775 para 9.817, na comparação entre março de 2019 e março de 2020. A

quantidade de feminicídios também subiu no estado, de 13 para 19 casos (46,2%).

Desta forma, a violência contra a mulher teve um aumento significativo durante o isolamento social, chegando de 13 casos, pulou para 19. Dado preocupando para os órgãos. Ocorre que o que preocupa, de acordo com Bianquini (2020, online) "A fuga da situação de violência torna-se ainda mais difícil, por conta da restrição de serviços e de movimentação na quarentena, pela possível diminuição de renda, e pela própria convivência diária e ininterrupta com o agressor".

Ainda de acordo com o autor "no Brasil, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos constatou alta de quase 9% nas denúncias realizadas no disque 180, destinado a denúncias de violência doméstica" (BIANQUINI, 2020, online).

Ocorre que este problema não está sendo vivenciado somente no Brasil, mas sim, se tornou uma preocupação mundo, sendo assim, em diversos países foram adotadas medidas de urgência para o combate o aumento de violência doméstica.

Segundo Heloisa Bianquini preleciona que:

Internacionalmente, o problema provocou a criação de medidas de combate à violência doméstica muitas vezes criativas. Na França, denúncias do tipo podem ser feitas pela internet. Vítimas têm um chat para conversarem diretamente com policiais, e o site tem um botão de emergência que fecha a página e apaga da tela da vítima as mensagens trocadas se ela se encontrar em perigo (BIANQUINI, 2020, online).

Contudo, apesar da alta taxa de violência e feminicídio no Brasil, quase nada tem sido feito para combate o aumento da violência doméstica. Apesar de as delegacias estarem abertas 24 horas, foram adotadas em algumas cidades patrulhas maria da penha. Contudo, é preciso fazer muito mais, uma vez que essas mulheres podem estar em cárcere, e não conseguem fazer a denúncia. É preciso conscientizar a população a fazer denúncias.

Sendo assim, de acordo com Heloisa Bianquini, dispõe:

Em atenção ao problema do aumento da violência doméstica no período de confinamento, o Poder Legislativo tem-se movimentado e discutido soluções. No dia 30 de março, foi apresentado o PL 1267/2020, de autoria de diversos deputados,

que buscar alterar a Lei 10714/03 (Lei Maria da Penha), para ampliar a divulgação do Disque 180 enquanto durar a pandemia do Covid-19.

Desta forma, o projeto propõe que durante o período de isolamento social por cauda da Covid-19, toda informação exibida no rádio, televisão e internet, devem tratar acerca de episódios da violência contra a mulher, assim como incluir a menção expressa ao Disque 180. O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) deverá fiscalizar o cumprimento da lei e criar sanções de descumprimento. Tudo isso para conscientizar a população a denunciar casos de violência doméstica e ajudar aquela mulher vítima.

## **6. CONCLUSÃO**

Trazer à tona episódios do passado para estabelecer um comparativo com o presente requer certa sensibilidade para absorver questões um tanto quanto cruéis e não superadas, que mostram claramente as mulheres sendo violentadas, oprimidas, sobretudo, por sentimentos arraigados nas condutas próprias de homens que não permitiam transformações necessárias para o bem comum.

Tomou-se aporte inicial deste estudo, a violência em linhas gerais, compreendendo como se traduz na sociedade, conceitos e formas, dimensões sobre o tema, para adentrar na discussão proposta, ressaltando que a violência nos dias de hoje constitui uma das maiores preocupações das pessoas, que amedrontadas evocam soluções imediatas do Estado. Nessa conjuntura, as mulheres encontram-se inseridas como alvos vulneráveis, vítimas do homem ao longo dos séculos até a atualidade.

Passando a contextualizar os antecedentes da violência contra as mulheres, resgata-se da história que se trata de uma questão antiga que remonta a um sistema de dominação-subordinação, entre homem-mulher. Pela dicotomia entre os papéis de cada gênero nas civilizações existentes, foi possível perceber a condição de inferioridade, de opressão e submissão em que eram colocadas às mulheres.

Na sequência deste estudo, com a abordagem recaindo sobre o feminicídio, evidenciou-se as causas e efeitos do conflito entre gêneros, assim como se compreendeu a tipificação da expressão, que é considerada uma forma de violência contra a mulher final e fatal, praticada com tamanho extremismo.

Face à literatura reunida nesta pesquisa, é possível evidenciar que a desigualdade entre os gêneros (masculino e feminino) foi consolidada a partir de construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias, com

a mulher subjugada, invisibilizada, tratada pelo homem como coisa, que a usava e gozava desta como bem entendia, fato que era tolerado pelas sociedades antigas e, pelo que se observa, continua sendo.

No entanto, passando por certa evolução dos tempos, a violência contra a mulher passou a representar uma violação aos direitos humanos destas, que contraria sumariamente o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ser conivente com uma proteção ineficaz não condiz com o princípio de igualdade entre homens e mulheres, preconizado na Carta Magna. Os diplomas legais implementados no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Maria da Penha, por si só, não são capazes de garantir transformações significativas. Primordial é que se garanta uma aplicabilidade mais contundente da lei vigente, atuante e vigilante para que o feminicídio seja extirpado definitivamente da sociedade, além disso, que as políticas públicas voltadas à proteção e assistência alcancem os efetivamente os objetivos propostos, de modo contemple-se o empoderamento feminino e a justiça de gênero.

Não se deve olvidar, contudo, que a Lei Maria da Penha exerce uma importante influência para as mulheres no que diz respeito à inserção na legislação brasileira de um mecanismo específico de fortalecimento da autonomia das mulheres, proporcionando meios de assistência e atendimento humanizado, sobretudo com vistas a educar a sociedade em termos de conscientização sobre a denúncia dos casos de violência contra a mulher, agregando políticas públicas e valores de direitos humanos. Entretanto, torna-se imperioso mais do que a criação de um instrumento legal ou mudanças isoladas na legislação, de modo que se trabalhe na conscientização coletiva, revertendo conceitos passados em que as relações de poder, eram baseadas no modelo patriarcalista, para que a prevenção seja atingida, de modo tal, que seja evitada a ocorrência do crime de feminicídio, que emerge como um fator essencialmente cultural.

Fica evidente que para reversão desse cenário onde a violência contra as mulheres encontra-se alarmante, é preciso mais do que nomenclaturas para essa problemática, primordial faz-se implementar ações efetivas de prevenção a esta, suscita-se um despertar de ações, sobretudo do Estado que precisa assumir sua responsabilidade no sentido de coibir a continuidade desse ciclo vicioso, perpétuo.

É preciso que se construa no âmbito da sociedade a compreensão de que o feminicídio acontece como desfecho de um histórico de violências contra as mulheres há séculos. Paralelo a isso, fundamental colocar em prática ações efetivas de prevenção e enfrentamento às raízes dessa violência extrema, promovendo o

conhecimento da legislação que debruça sua proteção às mulheres, mostrando medidas que atuem igualmente na assistência a estas.

Ademais, insta como paradigma fundamental um efetivo estímulo ao respeito entre os gêneros, ressaltando a efetivação dos princípios de igualdade e da dignidade da pessoa humana, vertente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que expressará o indício de uma transformação na consciência coletiva e um instrumento protetivo em favor das mulheres.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa G. **Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros**. Rev. Saúde Pública. v. 39. n. 1. Fortaleza, 2005.

ALAMBERT, Zuleika. **A mulher na história. A história da mulher**. Fundação Astrogildo Pereira/FAP; Abaré. 2004.

ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: Mulheres da Colônia: condição feminina nos conventos e recolhimentos do Sudeste do Brasil, 1750-1822**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

**ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi**. Gênero, família e trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

BARROSO, Z. **Violência nas relações amorosas: uma análise sociológica dos casos detectados nos Institutos de Medina Legal de Coimbra e do Porto**. Lisboa: Colibri/ SociNova, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. **A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la?** In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs.). Mulher, sociedade e direitos humanos. Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010, p. 179-210.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina**. Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/d1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm)>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4316.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm)>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/)>. Acesso em: 30 de out. 2020.

Ministério da Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço**. (Cadernos de Atenção Básica, 8). Brasília (DF), 2002.

Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher – CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

VI Relatório Nacional Brasileiro: **Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres — CEDAW/Organizações das Nações Unidas**. Brasília: SPM, 2008.

**Violência contra a mulher**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/violencia-contra-mulher-nao-e-so-fisica-conheca-10-outros-tipos-de-abuso>>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

BUTLER, J. P. Problemas de gênero: **feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CABRAL, Melissa Karina. **Manual de direitos da mulher**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Mundi, 2008.

CEDAW. **Relatório do Comitê** (CEDAW/C/2003/IICRP.3/Add). 2/Ver.1, 18 de Julho de 2003, Original: Inglês). Disponível em: <<http://www.agende.org.br/>>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

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

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus: 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FOULCAULT, Michael. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE, Mariza Scheffer. SOBRINHO, Vilma Pereira. **A figura feminina no contexto da Inquisição**. Revista Educere et Educare. [online]. v.1, n. 1, Cascavel: UNIOESTE, 2006, janeiro/junho 2006. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/educereeteducare/article/view/1003/855>>. ISSN 1981-4712. Acesso: 01 de nov. 2020.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: UNESP, 1990.

GOMES, N. P.; DINIZ, N. M. F.; ARAÚJO, A. J. S.; COELHO, T. M. F. (2007). **Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias de gênero e geração**. v. 20. n. 4. São Paulo: Acta Paulista de Enfermagem. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-1002007000400020](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-1002007000400020)>. Acesso em: 29 de out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

#### NOTAS:

[1]Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988). Advogado militante na Comarca de Manaus. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pela Universidade Nilton Lins - UNINILTON LINS (1999). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

## DIFERENÇAS BÁSICAS ENTRE IMPOSTOS E TAXAS

**RICARDO OLIVEIRA FREAZA GARCIA:**

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade a explanação e diferenciação dos conceitos fundamentais à arrecadação aos cofres estatais: do gênero tributo e das suas espécies, impostos e taxas. Nesse contexto, se analisará as hipóteses de incidência autorizadas da cobrança de cada uma das exações mencionadas.

### 2. TRIBUTO

Em nosso sistema jurídico, a definição legal da figura em comento pode ser encontrada no art. 3º do Código Tributário Nacional, definindo que “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” [1]

Luciano Amaro critica a definição legal e defende que melhor seria dizer que “tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito, instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público.” [2] O autor dá relevo em sua definição ao “caráter não sancionatório do tributo, dele distinguindo-se portanto as prestações pecuniárias que configuram punição de infrações.” [3]

A referência do conceito do autor à instituição em lei tem caráter plurissignificativo, pois “(...) também se sublinha a origem legal (e não contratual) do tributo. Por isso, não é necessária a referência à compulsoriedade da prestação tributária.” [4] O tributarista dispensa, também, menção à cobrança mediante atividade administrativa vinculada, porque essa atividade seria acidental. “A grande maioria dos tributos (que são os que o CTN sujeitou ao chamado lançamento por homologação) é recolhida sem prévio exame do sujeito ativo e também sem posterior exame (que é eventual).” [5]

Hugo de Brito Machado manifesta-se com sabedoria sobre a compulsoriedade trazida pelo conceito legal, dizendo que “(...) a compulsoriedade da prestação tributária caracteriza-se pela ausência do elemento vontade no suporte fático da incidência da norma de tributação. O dever de pagar nasce independentemente da vontade.” [6] Criticando a expressão “em moeda cujo valor nela se possa exprimir”, utilizada pelo CTN, o autor revela que



O direito brasileiro não admite a instituição de tributo em natureza, vale dizer, expresso em unidade de bens diversos de dinheiro, ou em unidade de serviços. Em outras palavras, nosso direito desconhece os tributos *in natura* e *in labore*. [7]

O professor cearense arremata dizendo que o tributo tem de ser pago em moeda e chama a atenção para o fato de que a destacada expressão legal

(...) não tem qualquer significação no art. 3º do CTN. Serve apenas para colocar o conceito de tributo em harmonia com a possibilidade excepcional de extinção do crédito respectivo mediante dação em pagamento. [8]

Ricardo Lobo Torres propõe a seguinte definição:

Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para as atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição. [9]

Aliada à definição legal, que não pode ser desconsiderada, nos parece que a lição de Luciano Amaro deve ser conjugada ao conceito do tratadista carioca acima referido para que se torne possível a contemplação de princípios tão caros ao sistema jurídico tributário brasileiro, como o da capacidade contributiva, que será abordado em momento oportuno.

Estudado, de maneira objetiva e breve, o que a doutrina nacional e o direito positivo entendem por tributo, passa-se à análise de uma de suas espécies: o imposto.

## 2.1. IMPOSTO

Primeiramente, cabe dizer que imposto é uma espécie de tributo, prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 145, I [10] e no Código Tributário Nacional, nos art. 5º [11] e no art. 16. Este último artigo traz sua definição nos seguintes termos: "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte." [12]

Manifestando-se sobre imposto, mas sem conceituá-lo além da definição legal, diz Hugo de Brito Machado:

A obrigação de pagar imposto não se origina de nenhuma atividade específica do Estado relativa ao contribuinte. O fato gerador do dever jurídico de pagar imposto é uma situação da vida do contribuinte, relacionada a seu patrimônio, independente do agir do Estado. [13]

Paulo de Barros Carvalho, seguindo clássica lição de Geraldo Ataliba, leciona que “os tributos podem ser vinculados a uma atuação do Estado – taxas e contribuição de melhoria – e não-vinculados – impostos.”[14] Ao tratar especificamente dos impostos, diz o professor da Universidade de São Paulo: “Sendo assim, podemos definir imposto como o tributo que tem por hipótese de incidência (confirmada pela base de cálculo) um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público.” [15]

Não se deve deixar de considerar, da mesma sorte, a lição de Ricardo Lobo Torres, que critica a definição legal e escreve rico escólio sobre essa espécie tributária, relacionando-a com o princípio da capacidade contributiva, na mesma linha de sua definição de tributo:

A definição do CTN é insuficiente e abreviada, porquanto não contém os outros elementos característicos dos impostos. Entre eles, o princípio da capacidade contributiva, agora expressamente proclamado no art. 145, §1º, da CF. (...) Podemos oferecer a seguinte definição de imposto, aproveitando alguns elementos comuns a conceito de tributo que já examinamos: *é o dever fundamental consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva do princípio constitucional da capacidade contributiva e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas gerais, é exigido de quem tenha realizado, independentemente de qualquer atividade estatal em seu benefício, o fato descritivo em lei elaborada de acordo com a competência especificamente outorgada pela Constituição.*[16]

Com uma definição inteligente, objetiva e esclarecedora, Ricardo Alexandre leciona o seguinte sobre essa espécie de tributo:

Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a idéia da solidariedade social. As pessoas que manifestam riqueza ficam obrigadas a contribuir com o Estado, fornecendo-lhe os recursos de que este precisa para buscar a consecução do bem comum.[17]

Luciano Amaro, após citar a definição legal, faz as seguintes observações:

O fato gerador do imposto é uma situação (por exemplo, aquisição de renda, prestação de serviço etc.) que não supõe nem se conecta com nenhuma atividade do Estado *especificamente dirigida ao contribuinte*. Ou seja, para exigir imposto de certo indivíduo, não é preciso que o Estado lhe preste algo determinado.[18]

Como se pode ver, a definição legal permeia os conceitos elaborados pelos doutrinadores, que dão ênfase ao fato gerador do imposto, estabelecendo que a hipótese de incidência é uma situação completamente desvinculada de qualquer atuação do Estado em benefício do contribuinte.

O cidadão não paga imposto em contraprestação a qualquer atividade estatal em seu favor, mas se sujeita a contribuir para o erário por demonstrar, em sua vida, riqueza suficiente para tanto. É a ocorrência das situações materiais escolhidas e fixadas em lei pelo legislador que autoriza o nascimento da obrigação tributária nestes casos.

O traço peculiar da exação comentada reside, portanto, na incidência sobre uma situação material indicativa da possibilidade econômica do cidadão de contribuir para os cofres públicos, ou seja, da propriedade de fortuna ou bens além do mínimo existencial que permitem presumir seu estado econômico-financeiro favorável, como será detalhadamente abordado no tópico seguinte.

### **2.1.1. Imposto: Tributo Incidente sobre Manifestações de Riqueza**

O imposto é um tributo, em regra, com finalidade eminentemente fiscal[19], destinando-se, portanto, a arrecadar verbas para os cofres públicos, permitindo ao Estado custear sua existência e buscar a persecução de suas finalidades. A sujeição ao imposto não se vincula a qualquer atividade estatal, como já referido, nascendo

da materialização de um fato previsto em lei e concebido como uma manifestação de riqueza por parte de quem o pratica.

Note-se que os impostos incidem sobre um fato relacionado, exclusivamente, ao comportamento do contribuinte, que atua de certa maneira em sua vida, demonstrando possuir a aptidão de colaborar para o custeamento das atividades gerais do Estado, ou seja, que possui capacidade contributiva. Os fatos gerados dos impostos, ou as hipóteses de incidência, têm de estar vinculados a uma demonstração de riqueza além do mínimo existencial, “esta é a capacidade contributiva que, de fato, realiza o princípio constitucionalmente previsto”. [20] Está aqui a razão pela qual seria inadmissível um imposto baseado no tamanho do cabelo do contribuinte, na cor da pele, no peso, ou qualquer outra situação fática que não possa evidenciar opulência por parte do cidadão.

O imposto deve incidir sobre fatos que sejam signos presuntivos de riqueza, vale dizer, comportamentos eleitos pelo legislador que, uma vez realizados, permitam inferir a capacidade do contribuinte de pagar aos cofres públicos o valor devido pela incidência da exação. Pode-se ver que, em geral, os impostos do sistema tributário nacional giram em torno dessa ideia, incidindo sobre situações indicadoras de situações financeiras favoráveis por parte do sujeito passivo da relação jurídico-tributária. O fato gerador é uma situação da vida do contribuinte, relacionada a seu patrimônio, independente do agir do Estado [21]. Nesse sentido,

Há necessidade premente de ater-se o legislador à procura de fatos que demonstrem signos de riqueza, pois somente assim poderá distribuir a carga tributária de modo uniforme e com satisfatória atinência ao princípio da igualdade. Tenho presente que, de uma ocorrência insuscetível de avaliação patrimonial, jamais se conseguirá extrair cifras monetárias que traduzam, de alguma forma, valor em dinheiro. [22]

Melhor seria dizer, em verdade, que os impostos devem ser pautados pelo princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no art. 145, §1º [23], da CF, que “(...) é o princípio da justiça distributiva característico do imposto, que deve ser cobrado de acordo com as condições pessoais de riqueza do cidadão.” [24]

Nessa linha, diz Luciano Amaro:

Se o fato gerador do imposto não é um ato do Estado, ele deve configurar uma situação à qual o *contribuinte* se vincula. O legislador deve escolher determinadas situações materiais (por exemplo, aquisição de renda) evidenciadoras de capacidade

contributiva, tipificando-as como fatos geradores da obrigação tributária. As pessoas que se vinculam a essas situações (por exemplo, as pessoas que adquirem renda) assumem o dever jurídico de pagar o imposto. [25]

Então, pode-se ver que, se o imposto não pode decorrer de nenhuma atuação estatal relativa ao contribuinte, o legislador tem de escolher situações materiais que normalmente são praticadas por quem possui capacidade econômica. Tais fatos, presuntivos de riqueza, uma vez ocorridos, fazem nascer a obrigação tributária, sujeitando os envolvidos a pagar o imposto ao Estado, contribuindo para os cofres do erário.

## 2.2. DIFERENÇA ESSENCIAL ENTRE IMPOSTOS E TAXAS

O direito positivo brasileiro tem concepções muito distintas para impostos e taxas, razão pela qual tais figuras não se confundem. Se é certo que os dois institutos aqui abordados constituem espécies de tributos, as semelhanças não avançam para muito além deste ponto.

A taxa foi prevista como uma espécie de tributo pelo art. 145, II[26], da Constituição Federal e pelo art. 77[27] do Código Tributário Nacional. As duas referências deixam claro que a taxa poderá ser cobrada “em razão do exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição”.

De logo, vê-se que, enquanto o fato gerador do imposto não pressupõe qualquer atividade estatal relacionada ao contribuinte, a taxa somente pode sustentar o nascimento da obrigação tributária em razão de uma atuação estatal específica, referível ao contribuinte. Esta é a razão para enquadrar a taxa como um tributo vinculado.

Como se vê, o fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita essa atividade.

As diversas teorias sobre as taxas sublinham a existência de um benefício ou vantagem para o contribuinte, dando a elas um caráter contraprestacional, ora as vêem como reembolso de custo da atuação estatal, ora as caracterizam meramente como tributo ligado à atuação específica do Estado, abstraídas

eventuais vantagens que possam ser fruídas pelo contribuinte.[28]

Hugo de Brito critica a utilização da ideia de contraprestação para caracterizar a exação, sustentando que o valor da exação não tem de corresponder proporcionalmente ao benefício auferido pelo contribuinte, dizendo:

Pelo menos não nos parece que exista necessariamente uma correlação entre o valor da taxa cobrada e o valor do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, ou ainda da vantagem que o Estado lhe proporcione. Entendemos até que a instituição e cobrança de uma taxa não tem como pressuposto essencial um proveito, ou vantagem, para o contribuinte, individualmente. O essencial, na taxa, é a referibilidade da atividade estatal ao obrigado. (...) Não é necessário, porem, que a atividade estatal seja vantajosa, ou resulte em proveito do obrigado.[29]

Com essas breves noções, já se pode ver que as figuras das taxas não se confundem com os impostos. Diante de tamanha diferença, não é tecnicamente correto sustentar que uma dessas figuras possa substituir outra, como afirma grande parte da doutrina.

### **3. CONCLUSÃO**

Portanto, vê-se que o imposto e a taxa tem seu campo de incidência bem delimitado até porque possuem fatos geradores diferentes. Justifica-se a cobrança do imposto apenas por ter o cidadão manifestado capacidade material em contribuir com os cofres estatais. Como já dito exaustivamente, este tributo encontra-se desvinculado da ação estatal.

Já a incidência da taxa ocorre quando há uma atuação estatal específica, seja em razão do exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

NOTAS:

[1] BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, 27.10.1966. Retificado em 31.10.1966. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172Compilado.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 02 de outubro de 2011.

[2] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

[3] AMARO, 2008, p.25.

[4] AMARO, 2008, p. 25-26.

[5] AMARO, 2008, p. 26.

[6] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 55.

[7] MACHADO, 2008, p. 56

[8] MACHADO, 2008, p. 57

[9] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v.4, p. 63

[10] Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I - impostos; (...).

[11] "Art. 5º. Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria."

[12] BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União, 27.10.1966. Retificado em 31.10.1966. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172Compilado.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso: 04 de outubro de 2011.

[13] MACHADO, 2008, p. 296-297.

[14] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

[15] CARVALHO, 2009, p. 36.

[16] TORRES, 2007, p. 77-78.

[17] ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquemático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 57.

[18] AMARO, 2008, p. 30.

[19] Excetuem-se os Impostos com finalidade extrafiscal, como o imposto sobre importação, imposto sobre exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro. Hugo de Brito Machado faz referência à função extrafiscal das referidas exações nas seguintes páginas de seu Curso de Direito Tributário, respectivamente: 303, 308, 327 e 335.

[20] CARVALHO, 2009, p. 182.

[21] MACHADO, 2008, p. 297.

[22] CARVALHO, 2009, p. 181.

[23] “§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

[24] TORRES, 2007, p. 49.

[25] AMARO, 2008, p. 30.

[26] Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

[27] Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

[28] AMARO, 2008, p. 31.

[29] MACHADO, 2008, p.423-424.



## **A (IN)CAPACIDADE) COMO REQUISITO LEGAL PREVIDENCIÁRIO E AS EVIDÊNCIAS DEMANDADAS PELO INSS: TEORIA E PRÁTICA**

**MORGANA FERNANDES LIMA:**

Acadêmica de Direito no Centro Universitário Católica do Tocantins, estagiária na Prefeitura Municipal de Palmas.

**FÁBIO BARBOSA CHAVES<sup>[1]</sup>**

**(orientador)**

**RESUMO:** Há concessões de benefícios previdenciários vinculados à existência da incapacidade. Dentro deste recorte, o presente trabalho analisa aborda os critérios e requisitos aplicados pelos *experts* integrantes do Instituto Nacional de Seguro Social quando da realização de perícia médica afim de se averiguar a capacidade do trabalhador segurado para o exercício da atividade habitual, em consonância com as regras estabelecidas pelo Regime Geral de Previdência Social. Observa-se, para tanto, a dualidade de informações e controvérsias entre a teoria e a prática. Mostra-se o distanciamento entre interpretação sistemática da legislação de seguridade social, apta a possibilitar a aplicação do princípio da dignidade humana de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, e *práxis* evidenciada na autarquia federal, quando da análise de requerimentos objeto de processo administrativo previdenciário. Destaca-se os elementos que devem ser levados em conta no momento da concessão dos benefícios, não apenas a limitação física da pessoa, como também as incapacidades mentais ou de outra natureza, devendo assim ser feita uma análise mais detalhada. A dissonância, em muitos casos, do que se depreende do trabalho técnico proveniente da medicina do trabalho e do profissional da autarquia federal, como consequência de gravames irreparáveis, como a exagerada judicialização. Como método e fonte de pesquisa, utilizou-se da análise bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Benefícios por incapacidade. Incapacidade Laboral. Requisitos legais.

**ABSTRACT:** There are concessions of social security benefits linked to the existence of the disability. Within this framework, the present work analyzes the criteria and requirements applied by the experts who are members of the National Social Security Institute when carrying out medical expertise in order to ascertain the capacity of the insured worker to exercise their usual activity, in accordance with the rules established by the General Social Security Regime. Therefore, there is a duality of information and controversies between theory and practice. The distance between the systematic

interpretation of social security legislation is shown, able to enable the application of the principle of human dignity in accordance with the Constitution of the Federative Republic of Brazil, and the praxis evidenced in the federal autarchy, when analyzing applications that are the subject of a process administrative social security. It highlights the elements that must be taken into account when granting the benefits, not only the physical limitation of the person, but also mental or other disabilities, so a more detailed analysis should be made. The dissonance, in many cases, of what can be inferred from technical work from occupational medicine and from the professional of the federal autarchy, as a consequence of irreparable encumbrances, such as exaggerated judicialization. As a method and source of research, bibliographic and jurisprudential analysis was used.

**Keywords:** Benefits per inability. Inability labor. Legal requirements.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O sistema legal de proteção social e a inserção rgps. 3. A incapacidade laboral do segurado à luz da legislação previdenciária. 3.1. Auxílio doença. 3.2. Aposentadoria por invalidez. 3.3. O acréscimo de 25% para acompanhante. 4. Requisitos legais para os benefícios incapacitantes. 4.1. Carência. 4.2 Qualidade de segurado. 5. A atividade habitual do trabalhador segurado. 6. A análise prática da incapacidade. 7. Considerações finais. 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema de proteção social inaugurado pela Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, CRFB/88, tem como um de seus componentes a Previdência Social, organizada por meio de um regime geral, integrando a participação governamental e a prévia contribuição dos seus segurados.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é a autarquia federal criada para administrar e promover o sistema previdenciário brasileiro, no tocante o ao seu regime geral. Estabeleceu-se em 27 de junho de 1990 por meio do decreto nº 99.350, e se caracterizar por se tratar de uma pessoa jurídica de direito público prestador de serviços previdenciários

Em face de sua natureza jurídica, os atos administrativos praticados sob sua gestão seguem os princípios aplicáveis ao direito público, dentre eles, o da legalidade estrita como fundamento justificante dos seus atos. Desta forma, tem-se na legislação previdenciária os ditames utilizados para efetivação do serviço a que se dispõe.

O presente trabalho tem como objetivo geral a análise da política adotada pela legislação previdenciária e, sobretudo, a forma de sua concretização pelo órgão previdenciário, especificamente quanto ao regime geral de previdência social - RGPS.

Como objetivo específico, abordar os critérios utilizados pela autarquia previdenciária para decidir acerca da concessão de benefícios relacionados à incapacidade do trabalhador segurado. Da mesma forma, retratar a forma de análise utilizada no momento de se confrontar a incapacidade alegada e o labor habitualmente exercido pelo trabalhador.

Para este intento, se faz necessário utilizar-se da abordagem bibliográfica, utilizando-se de literatura especializada, bem como da análise de decisões administrativas no âmbito da autarquia previdenciária, e de repertório jurisprudencial produzido a partir da análise de situações relacionadas à concessão de benefícios em razão da incapacidade para o exercício do trabalho.

## **2. O SISTEMA LEGAL DE PROTEÇÃO SOCIAL E A INSERÇÃO RGPS**

Conforme dispõe a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, artigo 194: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" (BRASIL, 1988).

Antes de se estabelecer a configuração estabelecida pelo texto constitucional derradeiro, o estado brasileiro desempenhou o seu intento de proteção social sob outras configurações.

Inserida na chamada ordem social, especificamente como espécie do sistema de seguridade social, a previdência sob o RGPS encontra-se constitucionalmente estruturada a partir dos dizeres impressos no artigo 201: "A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei". (BRASIL, 1988)

A seguridade social, como define Martins (2010), é a proteção social garantida aos indivíduos quando ocorrer eventuais contingências, assim o impossibilitando de exercer suas necessidades básicas e dos seus familiares. A previdência social, inserida neste sistema, por sua vez, se caracteriza como um segmento formado por conjunto de regras direcionadas à estabelecer um sistema de proteção para quem a ela contribuir.

A relação jurídica previdenciária estabelecida sob a tutela da contributividade e da solidariedade, configura-se a partir da reunião de 03 (três) partes: o INSS, o segurado e a instituição empregadora (neste caso, somente na hipótese de segurado empregado). Trata-se de uma relação estabelecida para atender ao objetivo de proteção e amparo ao segurado, especialmente quando advir uma incapacidade.

O RGPS, como estruturado pela legislação constitucional, é dotado de princípios de aplicação cogente e fonte hermenêutica para interpretação e aplicação da norma previdenciária diante de situações concretas e no âmbito das relações jurídicas previdenciárias.

Infraconstitucionalmente, as leis 8.212 e 8.213, ambas publicadas no ano de 1991, aproximadamente três anos após a promulgação do texto constitucional, exercer a função de disciplinar o planejamento e execução da política previdenciária brasileira no tocante ao RGPS. Dentre os regramentos estabelecidos, destaca-se a divisão dos segurados em 02 (duas) categorias: facultativo e obrigatório. O exercício de atividade remunerada constitui o critério de diferenciação entre ambas.

No grupo de segurados obrigatórios tem-se uma nova categorização, estabelecida a partir da natureza do trabalho desempenhado: empregados, empregados domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais.

Outra importante regra estabelecida pela legislação infraconstitucional é a carência como condicionante à concessão do benefício. Trata-se de exigência relacionada ao quantitativo de contribuições previdenciárias, específicas para cada modalidade de segurado.

Os benefícios de responsabilidade da autarquia previdenciária, devidos aos segurados acometidos de situações incapacitantes, são o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez. Como já especificado, para cada um têm-se requisitos específicos, como a carência mínima e, sobretudo, a aferição da respectiva incapacidade por parte do setor técnico do órgão previdenciário (perícia).

### **3. A INCAPACIDADE LABORAL DO SEGURADO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

#### **3.1. AUXÍLIO DOENÇA**

O auxílio doença é um benefício previdenciário pago em razão de uma incapacidade temporária que acomete o trabalhador, seja ela decorrente de doença ou de acidente de qualquer natureza, com o intuito de amparar o trabalhador que ficar incapacitado ao trabalho por um período superior a 15 dias. Esse benefício é devido a todos os segurados devidamente inscritos ou cobertos pelo seu período da qualidade de segurado.

O Art. 59, da Lei 8.213/91 dispõe que:

O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. (BRASIL, 1991)

Mas quando advém a incapacidade, o segurado enfrenta algumas dificuldades, sendo que uma delas é a desinformação. Grande parte dos trabalhadores sofrem com esse problema. A CRFB/88 prevê nos artigos 205 e 214 que é dever do Estado e de todos garantir e estimular a Educação juntamente com a colaboração da sociedade.

Mas esse é um direito que grande parte da população não dispõe, suportando os ônus decorrentes da desinformação, à margem dos direitos e garantias estabelecidas pelo ordenamento.

Importante destacar que, além dos benefícios em espécie, decorrentes da incapacidade laboral, o sistema previdenciário ainda oferece a reabilitação profissional. Trata-se de um serviço disponibilizado pelo próprio INSS e que tem como principal objetivo oferecer aos segurados que estão incapacitados para o trabalho, meios necessários para a sua readaptação profissional.

No artigo 62 da lei 8.213/91 é determinado que o segurado em gozo do auxílio-doença, insusceptível de recuperação para exercer a sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Trata-se de procedimento previsto pelo art. 89 da lei 8213/91:

Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional e social indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive. (BRASIL, 1991).

A reabilitação profissional será indicada ainda quando o segurado permanecer temporariamente incapacitado para realizar as suas atividades profissionais na empresa e recebendo o benefício de auxílio-doença. O segurado não terá o seu benefício de auxílio doença interrompido até que seja dado como habilitado para o desempenho de uma nova atividade.

### 3.2. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Em se tratando de aposentadoria por invalidez, o segurado incapacitado em face de doença ou acidente, após o decurso do tempo, se vê impossibilitado, definitivamente, de ingressar ao mercado de trabalho, mesmo após a reabilitação profissional.

Mesmo já aposentado por invalidez, o segurado deve ser reavaliado pela perícia médica do INSS a cada dois anos para comprovar que permanece incapacitado. Os segurados maiores de 60 anos e os maiores de 55 anos, com mais de 15 anos em benefício por incapacidade, são isentos dessa obrigação, como estabelecem os incisos do art. 101, §1º da Lei 8.213/91:

Art. 101. [...]

§ 1º O aposentado por invalidez e o pensionista inválido que não tenham retornado à atividade estarão isentos do exame de que trata o caput deste artigo:

I - após completarem cinquenta e cinco anos ou mais de idade e quando decorridos quinze anos da data da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a precedeu; ou

II - após completarem sessenta anos de idade. (BRASIL, 1991)

Vale lembrar que antes de ser encaminhado para reabilitação profissional, o trabalhador passa por solicitações de prorrogação até chegar na perícia médica conclusiva, mas caso a perícia médica constate incapacidade permanente para o trabalho, sem possibilidade de reabilitação para outra função, a aposentadoria por invalidez será indicada.

### 3.3. O ACRÉSCIMO DE 25% PARA ACOMPANHANTE

Esse acréscimo é devido para aqueles que necessitam de uma assistência permanente para realizar as atividades do dia a dia imprescindíveis para sua sobrevivência. Trata-se de uma incapacidade que não se limita ao exercício da atividade laboral que habitualmente exercia, mas para cumprir com tarefas que são indispensáveis para vida humana.

Para ter acesso a este acréscimo, se faz necessário comprovar a respectiva necessidade. Para tanto, é imprescindível anexar ao requerimento administrativo exames e atestados médicos.

O INSS aceita as seguintes circunstâncias como causas para receber a assistência permanente de 25%: cegueira total; perda de no mínimo nove dedos das mãos; paralisia dos dois membros superiores ou inferiores; perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível; perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível; perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível; alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social; doença que exija permanência contínua no leito; incapacidade permanente para as atividades da vida diária. (<https://saberalei.jusbrasil.com.br/>)

#### **4. REQUISITOS LEGAIS PARA OS BENEFÍCIOS INCAPACITANTES**

##### **4.1. CARÊNCIA**

Esse benefício será concedido mediante a comprovação do cumprimento de carência que é de 12 contribuições mensais junto a Previdência Social. Vale lembrar que se tratando de acidente de qualquer natureza ou causa, não será cobrada a carência mínima, mas se faz necessário ter a qualidade de segurado.

É necessário ficar atento que o segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social já portador de determinada doença, não terá direito ao auxílio doença, a não ser que haja progressão ou um agravamento da doença conforme prevê o parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei 8213/91.

Em se tratando de determinadas doenças não se faz a exigência de carência mínima conforme o Artigo 1º da portaria interministerial mpas/ms nº 2.998, de 23 de agosto de 2001. As doenças ou afecções abaixo indicadas excluem a exigência de carência para a concessão de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez aos segurados do Regime Geral de Previdência Social – RGPS:

I – tuberculose ativa; II – hanseníase; III- alienação mental; IV- neoplasia maligna; V – cegueira – paralisia irreversível e incapacitante; VII- cardiopatia grave; VIII – doença de Parkinson; IX – espondiloartrose anquilosante; X – nefropatia grave; XI – estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante);XII – síndrome da deficiência imunológica adquirida – Aids; XIII – contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada; e XIV – hepatopatia grave (BRASIL, 2001)

Se houver relação de trabalho o empregador se responsabiliza pelos primeiros 15 dias de afastamento pagando assim seu salário integral, e posteriormente o empregado fica amparado pelo INSS.

#### 4.2. QUALIDADE DE SEGURADO

Qualidade de segurado nada mais é que a condição atribuída a todo cidadão que é filiado junto ao RGPS ou que possua um a inscrição e efetue os pagamentos mensais.

O regime de previdência social integra o sistema de proteção social estabelecido pela ordem constitucional brasileira, fazendo a composição junto com a Saúde e a Assistência Social. A característica primeira da previdência social, que a difere das demais espécies, é a contributividade.

A contribuição previdenciária exigida ao trabalhador é condição para o seu enquadramento à qualidade de segurado. Portanto, a contribuição previdenciária e a caracterização como segurado são elementos que se relacionam como causa-consequência, ou seja, para se enquadrar nesta qualidade, há que contribuir para o sistema.

Os benefícios previdenciários incapacitantes, como já destacado, tem no condição de exercício do trabalho o elemento definidor, porém, em momento algum dispensa a existência da qualidade de segurado.

Para legislação do Regime Geral de Previdência, especificamente no art. 13 do Decreto 3.048/99, estabelece, excepcionalmente situações que a ausência de contribuição não elimina a qualidade de segurado.

É considerado segurado todo aquele na condição de Empregado, Trabalhador Avulso, Empregado Doméstico, Segurado Especial, Facultativo e contribuinte individual.

#### 5. A ATIVIDADE HABITUAL DO TRABALHADOR SEGURADO

Os benefícios incapacitantes concedidos pela Regime Geral de Previdência – RGPS pressupõe incapacidade para exercício das atividades habituais, podendo ser uma condição provisória ou permanente. Em ambas, carece de perícia especializada da autarquia federal afim de se averiguar a existência desta condição.

A habitualidade que se pressupõe deve ser aferida com a maior concretude possível, ou seja, necessário analisar com detida observação as exigências advindas da informada atividade habitual. Para cada tipo de trabalho, demanda-se esforços



específicos. Neste momento, deve-se constatar se as limitações ou incapacidades demonstradas são suficientes para inviabilizar aquela(s) atividade(s) específica(s).

Sabe-se que o desenvolvimento da ciência e da medicina, bem como a importante resiliência típica do ser humano, sobretudo do trabalhador brasileiro, poder-se-ia praticamente retirar a possibilidade de se constatar a existência de algum tipo de trabalho que não possa ser exercido, mesmo diante da mais grave consequência incapacitante.

Mas esta não deve ser a pauta de atuação do órgão previdenciário e seus *experts*, mas realizar a análise se a incapacidade constatada é suficiente à retirar a condição de exercer o trabalho que habitualmente exercia, e não qualquer tipo de trabalho.

A lei claramente fala em incapacidade para a atividade habitual, e habitualidade traz a ideia de situação comum, frequente, usual.

Por exemplo, suponha que um trabalhador tenha exercido determinada atividade por 15 anos. Desempregado, finalmente aceitou um emprego para participar de uma nova atividade. Após dois meses na nova atividade, foi afetado por sua deficiência. Como ele deve explicar suas atividades diárias? Será uma atividade que ele realizou há 15 anos ou uma atividade que ele trabalhou apenas dois meses na última vez?

A juíza Anita Villani responde: Oportuno mencionar que atividade habitual é a atividade para a qual a pessoa interessada está qualificada, sem necessidade de qualquer habilitação adicional. Ou seja, se sempre exerceu atividades braçais e está com problemas físicos, o fato de não estar incapacitada para exercer atividades intelectuais não impede a concessão do auxílio doença, na medida em que esse tipo de atividade não é a sua atividade habitual, e para tanto necessitaria de qualificação que não tem no momento. Por isso o artigo 59 da Lei 8.213 /91 diz atividade habitual, e não simplesmente atividade.

Ou seja, não vai ser exigido que o trabalhador esteja incapacitado para toda ou qualquer atividade, mas sim para o exercício de sua atividade habitual. Por isso, é ideal que seja verificada toda a vida laborativa do segurado a fim de que seja feito o dimensionamento na verdadeira atividade habitual, e evitando assim maiores prejuízos ao segurado.

## **6. A ANÁLISE PRÁTICA DA INCAPACIDADE**

A incapacidade deve ser comprovada por meio de laudos, atestados, exames laboratoriais ou de imagem e pela perícia médica realizada pelo médico do INSS. Ao

passar pela perícia será identificado se existe ou não a incapacidade laborativa, mas nem sempre se é reconhecida a incapacidade mesmo com todos os requisitos necessários ao benefício, pois muitas doenças hoje não apresentam sintomas claros, capaz de se identificar sem um laudo ou um especialista.

Através de perícia médica será analisado a incapacidade devendo assim o trabalhador comprovar, doença/acidente que o torne temporariamente incapaz para o seu trabalho, deve ser apresentando laudos, atestados e exames médicos com duração superior a 15 dias. Através desse procedimento será definido o período que o trabalhador permanece afastado das suas atividades laborais. A empresa se responsabiliza pelos primeiros 15 dias e posteriormente o INSS.

A realização da perícia médica será feita mediante agendamento junto ao INSS com data e hora marcada, vale lembrar que em caso de impossibilidade de comparecer na agência pode ser solicitar a perícia hospitalar, a perícia domiciliar ou efetuar a remarcação.

Após a avaliação do trabalhador e dos documentos apresentados, cabe ao médico perito o deferimento ou indeferimento do benefício.

A perícia médica do INSS é uma atividade realizada para avaliar a capacidade laborativa do segurado e conceder benefícios quando incapacidade. É de competência exclusiva de um médico concursado e treinado internamente, que deve dominar a legislação previdenciária (TAVARES, 2003).

Tendo cumprido os requisitos necessários, o segurado se sente assegurado, esperando assim o parecer positivo da sua perícia medica. Mas infelizmente o que realmente acontece é o contrário, o segurado passa pela perícia e tem o seu benefício indeferido por falta de comprovação de incapacidade.

Mesmo estando com o parecer médico do trabalho e do seu especialista, o profissional do INSS, em diversas situações, entende pela permanência das condições de aptidão para o exercício da atividade habitual, mesmo com a clarividência da situação. Encontra-se, portanto, contradição, ou até mesmo, dualidade de informações, que só causam prejuízo ao maior interessado: o segurado.

As divergências obtidas a partir do confronto entre laudos médicos (especialista particular e profissional do INSS), representa, no mínimo, estranheza, pois, mesmo diante das especificidades, a situação que gera a incapacidade é objetiva. Da mesma maneira, cumpre ressaltar que não existe apenas a incapacidade física, mas diversas outras formas que torna o segurado incapaz para a atividade laborativa, e por esta razão, não basta realizar uma simples perícia, verificando

apenas a existência de uma doença aparente, mas complementos técnicos capazes de oferecer maior amplitude no que for concluído.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A previdência social concede benefício para aquele que ficar por um curto ou longo período incapacitado ao seu trabalho, concedendo assim o auxílio doença desde que comprovado os requisitos necessários para sua concessão.

Aqueles que permanecerem incapacitado por um longo prazo, e se mesmo depois de ingressar na reabilitação profissional não ficar apto para reingressar ao mercado de trabalho, será aposentado por invalidez.

Mas sabem-se que atualmente há um grande índice de requerimentos para concessão de benefícios por incapacidade, entretanto, os requisitos utilizados pelos médicos peritos do INSS não convém com a teoria exigida legalmente, deixando assim o segurado por diversas vezes a própria sorte.

A perícia realizada pelo INSS infelizmente é baseada apenas em diagnósticos aparentes e em casos que fiquem evidentes a incapacidade exclusivamente física do segurado, deixando assim de realizar uma perícia mais detalhada, para verificar as demais incapacidades, caso contrário, o benefício vai ser negado, causando uma série de transtornos ao trabalhador, por exemplo, que nada mais é do que a afirmação de ausência de incapacidade do segurado pela autarquia e a negação de capacidade do médico do trabalho.

Tendo em vista que o trabalho muitas vezes é a única fonte de renda do segurado, quando a incapacidade advém se tem o amparo àquele que se mantém na condição de segurado, recolhendo as contribuições previdenciários, ou se colocando nas hipóteses excepcionais já mencionadas.

A indevida análise da incapacidade, por divergência entre a incapacidade constatada e as condições reais de trabalho, por equívoco do INSS acerca do que se estabelece como trabalho habitual e as respectivas necessidades, ou mesmo quando sua análise diverge da medicina do trabalho, encaminha o trabalhador segurado ao vazio completo, onde o mercado de trabalho não oferece qualquer oportunidade, por entender que o trabalhador é incapaz para exercer o seu ofício, enquanto que o órgão de proteção social diz que há plena condição de continuar com a atividade.

Assim o segurado fica sem amparo, contando com a sorte ou sofrendo as consequências por culpa de um sistema falho e injusto. Desta forma, segue sina do Estado brasileiro, em se recusar à compreender que o sistema de previdência social não é política de assistência social, mas um seguro, de caráter oneroso, por meio do

qual, o pagamento periódico garante a prestação sempre que a situação e vulnerabilidade seja constatada.

## 8. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm)>. Acesso em 10 de mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048, de 24 de julho de 1999. **Dispõe sobre a qualidade de segurado do Regime Geral da Previdência Social - RGPS, e dá outras providências.** Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto/D3848cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D3848cons.htm)>. Acesso em 21 mai. 2020.

LEITÃO, André Studart. **Manual de direito previdenciário-5. ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social: Custeio da seguridade social, benefícios – acidente do trabalho, assistência social – saúde.** 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 12.ed Florianópolis. Conceito Editorial, 2010.

CHAMON, Omar. **Resumão Jurídico: Direito Previdenciário.** Ed. Barros, Fischer & Associados Ltda, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social: Custeio da seguridade social, benefícios – acidente de trabalho, assistência social – saúde.** 28º ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.

NOTAS:

<sup>[1]</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais - PUC/MINAS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC/GOIÁS. Professor Universitária do Unicatólica - Palmas/TO.

## **O TRABALHO COMO FERRAMENTA ESSENCIAL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL**

**IANCA MÁRCIA DE ARAÚJO SIMÕES:**

Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário CEUNI-FAMETRO e Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Venda Nova de Imigrantes.

**RESUMO:** O Sistema Prisional brasileiro tem como concepção a ressocialização do detento, essa natureza pedagógica é uma política criminal que adota o entendimento de que a função da pena é educativa, devendo o preso internalizar os elementos de punição para que não cometa mais atos criminosos. Dessa forma, a inclusão do trabalho seria um meio de proporcionar aos detentos um mecanismo, onde trariam oportunidades de retornar a trabalhar e poderem sustentar suas famílias. O reingresso do ex-detento nas funções sociais é fundamental para que esse objetivo seja atingido, especialmente a reinserção do preso no mercado de trabalho. Diante do exposto, o objetivo geral desta pesquisa foi identificar a contribuição da ressocialização no desenvolvimento dos problemas da superlotação, da importância da ressocialização dos detentos e nos meios de inclusão do trabalho no sistema prisional. Bem como para elucidar esta problemática o método a ser utilizado foi o dialético, no qual são contradições transcendendo, dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Como resultado deste trabalho identificou-se os benefícios trazidos para os detentos em prol do trabalho, bem como a liberdade de poderem recomeçar uma vida com suas famílias possuindo um trabalho digno de um cidadão. Dessa forma, é dever do poder público garantir à dignidade do preso, resguardando-lhes seus direitos essenciais à vida, tais como saúde, paz social entre muitos outros, fazendo análise da função reeducadora para que este volte ao convívio social de maneira equilibrada.

**PALAVRAS-CHAVES:** Ressocialização. Sistema Prisional. Detento. Trabalho.

**ABSTRACT:** The Brazilian Prison System has as its conception the detainee's re-socialization, this pedagogical nature is a criminal policy that adopts the understanding that the function of the penalty is educational, and the prisoner must internalize the elements of punishment so that he does not commit more criminal acts. Thus, the inclusion of work would be a means of providing detainees with a mechanism, where they would bring opportunities to return to work and be able to support their families. The re-entry of the ex-detainee into social functions is essential for this objective to be achieved, especially the reinsertion of the prisoner in the labor market. In view of the above, the general objective of this research was to identify the contribution of resocialization to the development of overcrowding problems,

the importance of resocialization of detainees and the means of including work in the prison system. As well as to elucidate this problem, the method to be used was the dialectical, in which they are transcendent contradictions, giving rise to new contradictions that start to require a solution. As a result of this work, the benefits brought to the detainees in favor of work were identified, as well as the freedom to be able to restart a life with their families, having a job worthy of a citizen. Thus, it is the duty of the public authorities to guarantee the dignity of the prisoner, safeguarding their essential rights to life, such as health, social peace, among many others, analyzing the reeducational function so that they return to social life in a balanced way.

**KEYWORDS:** Resocialization. Prison system. Inmate. Job.

## **1.INTRODUÇÃO**

Esta pesquisa faz abordagem sobre o sistema prisional brasileiro, este vem sofrendo de uma problemática da qual a situação em que se encontram as penitenciárias é de extrema precariedade e sem qualquer expectativa de melhoria. É importante frisar a questão da superlotação dentro dos presídios, estas por sua vez geram mais violências, em que muitos detentos de alta periculosidade cumprem pena com outros que ainda são primários. Diante disso, surgem vários questionamentos e críticas sobre a inoperância do poder público para solucionar um problema que é de sua responsabilidade.

O sistema penitenciário foge das expectativas da sociedade, pois fatores que deveriam ser aplicados nesse sistema estão sendo descartados tornando assim inoperante o principal objetivo das prisões, que seria a reinserção dos indivíduos que infringiram a norma por algum motivo, e colocá-los de volta a sociedade da qual faziam parte, a ressocialização destes detentos é um fator reeducador que integrará estes indivíduos, e para que haja um efeito positivo em meio a esse descaso estatal um plano de reintegração destes indivíduos seria a inclusão do trabalho profissional, que trará capacitação para os reeducandos durante o tempo em que estiverem confinados.

É cediço que a prisão como forma de pena, possui a função de reeducar o condenado, para que este volte ao convívio social de maneira equilibrada, respeitando as normas e princípios estabelecidos para a convivência harmônica. A ressocialização deve ter o intuito de resgatar a dignidade da pessoa humana, resgatar a autoestima do condenado, para que aos poucos este vá dando prioridade aos direitos básicos necessários. Todavia, a realidade dos ex-detentos é muito cruel, por haver uma grande dificuldade na sua recolocação no mercado de trabalho em que,

o fator social, é o principal componente desta dificuldade, ainda há em se falar da existência do impasse da sociedade para aceitar esta prática, por conta de haver desconfiança destes indivíduos, a contribuição desse reingresso seria o trabalho se tornar um instrumento produtivo que atuará como propulsor de uma educação, ou de reeducação do detento.

O objetivo geral desta pesquisa é identificar a eficácia da inclusão do trabalho no sistema prisional para a ressocialização e o objetivo específico seria analisar os problemas da superlotação; compreender a importância da ressocialização dos detentos; e verificar meios de inclusão do trabalho no sistema prisional.

O contexto dessa pesquisa foi feito a partir de discussões a respeito da Ressocialização para os Detentos que atualmente vem sendo deixado de lado pelo poder público, mas que ainda sim possui relevância para fins de reinserção do ex-detento no mercado de trabalho. Assim, se faz necessário à análise da eficácia do sistema quanto à garantias dos princípios constitucionais, e do direitos humanos, e na Lei de Execução Penal para garantir o direito dos presos.

O ponto de partida desta investigação científica baseou-se em pesquisas bibliográficas. Nesse sentido, para elucidar esta problemática o método utilizado foi a dialético, no qual são contradições transcendendo, dando origem a novas contradições que passam a requerer solução. Este trabalho está estruturado da seguinte forma: Introdução; desenvolvimento, onde foram abordadas todas as informações sobre a Ressocialização dos Detentos na Sociedade além das considerações finais sobre o tema abordado.

## **2 SISTEMA PRISIONAL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO**

### **2.1 Problemas da Superlotação**

A superlotação é irremediável, visto que além de ausência de novos estabelecimentos, muitos detentos encontram-se com penas cumpridas, mas são esquecidos. Os agentes penitenciários não possuem capacitação, a corrupção, a falta de higiene e assistência ao condenado também são fatores que contribuem para a falência. O Estado tenta realizar, na prisão, durante o cumprimento da pena, tudo quanto deveria ter proporcionado ao cidadão, em época oportuna e, criminosamente deixou de fazê-lo. Porém este mesmo Estado prossegue na prática do crime, fazendo com que as prisões produzam delinquentes muitos mais perigosos, e no interior das cadeias, os detentos continuam praticando crimes e comandando quadrilhas.

Segundos dados estatísticos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2019, são apontados que no Brasil possui uma população

prisional que ultrapassa os 800.000 (oitocentos mil) pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Estes dados demonstram que as prisões encontram-se abarrotadas, não fornecendo ao preso a sua dignidade, a superlotação prisional que se encontra no Brasil é diversa do artigo 85 da Lei de Execução Penal, o qual prevê que "O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade". Devido a esta lotação de presos, há uma grande dificuldade na separação dos presos considerados de alta periculosidade dos que cometeram crimes mais leves, fazendo assim, que ambos convivam juntos, ferindo mais uma vez o que preceitua o artigo 84 da LEP, dispondo que:

"art.84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado. §1º: o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes". (LEI DE EXECUÇÃO PENAL Nº 7.210/84)

Diante da situação nas penitenciárias, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, a superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas, os presos tornam-se lixo digno do pior tratamento possível, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos como, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III), a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea "e"), o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII), a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX), e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Todavia, a superlotação de presídios é uma verdadeira afronta aos direitos e garantias individuais do recluso, mais do que isso os presos não são respeitados dentro ou fora do ambiente carcerário, não são tratados como seres humanos pela sociedade, e sim coisas amontoadas em um verdadeiro campo de concentração. Portanto, uma violação aos direitos humanos, pode chegar a constituir uma forma de trato cruel, desumano e degradante, vulnera o direito à integridade pessoal e outros direitos humanos reconhecidos internacionalmente, conforme dita a Análise



da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de integridade pessoal e privação de liberdade.

A Corte apontou que a detenção em condições de superlotação, com falta de ventilação e luz natural, sem cama para o descanso, nem condições adequadas de higiene, em isolamento e sem comunicação, com restrições ao regime das visitas constitui uma violação a integridade pessoal do detento, esta afirmou também que em relação às pessoas privadas de liberdade, o Estado está em uma posição especial que garante, toda vez que as autoridades penitenciárias exercem um forte controle ou domínio sobre as pessoas que estão sob sua custódia. Dessa maneira, existe um relacionamento e uma interação especial de sujeição entre a pessoa privada de liberdade e o Estado, caracterizada pela intensidade particular com que o Estado pode regular seus direitos e obrigações e pelas circunstâncias do confinamento, onde o prisioneiro é impedido de satisfazer por si próprio uma série de necessidades básicas que são essenciais para o desenvolvimento de uma vida digna. Conseqüentemente, as pessoas privadas de liberdade devem gozar dos mesmos direitos que os cidadãos livres, exceto, o direito de ir e vir após a sentença de condenação transitada em julgado e outras restrições que são conseqüências da privação de liberdade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada Pacto do São José da Costa Rica, promulgada no ano 1969, reconhece em seu preâmbulo que “os direitos essenciais do homem não nascem do fato de ser nacional de determinado Estado, senão que tem como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional”. Em paralelo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU estabeleceu seu artigo primeiro: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros”.

A liberdade individual é o valor constitutivo da pessoa humana como tal, fundação de seus deveres e direitos, segundo a qual cada um pode decidir autonomamente sobre as questões de sua vida, responsabilizando-se diante a sociedade pelas conseqüências de suas ações, de modo que, o direito à liberdade individual é um dos direitos fundamentais resguardados que só pode ser restringido em virtude de uma sentença condenatória transitada em julgado, ditada pelo tribunal competente e mediante o procedimento ajustado ao direito.

O direito internacional dita sobre direitos humanos: “Os Estados assumem as obrigações e deveres, de acordo com o direito internacional, respeitar, proteger e executar os direitos humanos. A obrigação do respeito significa que os Estados devem abster-se de interferir no gozo dos direitos humanos ou limitá-los. A

obrigação de protegê-los exige que os Estados impeçam o abuso dos direitos humanos contra os indivíduos e grupos. A obrigação de executá-los implica que os Estados devem tomar medidas para facilitar o gozo dos direitos humanos básicos". (Naciones Unidas: Derechos humanos "El derecho internacional de los derechos humanos"). Mas, embora a dignidade da pessoa e sua liberdade encontrem-se garantidas tanto pelos Estados nacionais quanto no Direito Internacional, a regra não é suficiente para que estes direitos sejam estabelecidos dentro dos órgãos executivos, no caso, as penitenciárias, os Estados devem garantir sua proteção e cumprimento, tanto, para as pessoas livres, como para aquelas privadas de liberdade por sentença condenatória transitada em julgado.

A violação aos Direitos Humanos dentro do sistema carcerário brasileiros fora reconhecida como um Estado de Coisa Inconstitucional (ECI) pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ocasionando violações generalizadas de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal. A responsabilidade por essa situação recai sobre os três poderes, em todos os níveis federais, muito embora o problema do ECI não seja de formulação e implementação de políticas públicas, ou de interpretação e aplicação da lei penal, mas da falta de coordenação institucional para sua concretização. Trata-se de uma situação de inércia ou omissão que ocasiona problemas estruturais na concretização normativa da Constituição e da legislação correlata, e nada é feito para melhorar a situação. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos quanto à perpetuação e o agravamento da situação.

Em face desses entraves, o STF deve desempenhar um papel importante, e uma das formas de atuação seria dar vazão ao litígio estrutural por meio do ECI, cuja utilização dependerá da demonstração de três pressupostos: 1) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; 2) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada; e 3) superação das transgressões, de modo que exija a atuação de todas as autoridades políticas.

Para enfrentar esse problema estrutural, o Supremo Tribunal Federal, através de um ativismo judicial, visando garantir a efetividade dos direitos fundamentais, editou a Súmula Vinculante nº 56 que:

"A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS". (SÚMULA VINCULANTE Nº 56 DO STF)

Segundo o entendimento fixado no RE 641.320/RS, havendo possibilidade, ao invés da prisão domiciliar, deve ser observada a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas, a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto, o cumprimento de penas restritivas de direito ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto.

No julgamento do Habeas Corpus 96169/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “incube ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Senão houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar”.

Dos julgados acima expostos denota-se que, se o estabelecimento prisional não estiver em condições de receber o preso, seja pela superlotação, seja pelas condições degradantes de higiene e saúde, o apenado deve cumprir prisão domiciliar ou em regime semiaberto. Sendo certo que a execução da pena em regime fechado, se nessas condições, deverá ser reputada ilegal.

Nesse passo, o princípio do *numerus clausus* deveria ser aplicado com o intuito de desmotivar o desrespeito à dignidade do preso, pois uma vez cumprido o princípio, haveria então o equilíbrio da população carcerária, se a cada prisão efetuada, ocorresse uma soltura, gerando melhores condições humanas de convivência, e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana seria *suprassumo* de qualquer prisão.

O princípio do *numerus clausus* na execução penal é de suma importância para reduzir a lotação carcerária, este princípio aduz que para cada apenado que ingressar no sistema penitenciário, outro apenado deverá ser colocado em liberdade, no limite proporcional de presos e vagas, mantendo assim uma estabilidade no sistema prisional e proporcionando uma estrutura organizacional mais adequada. Este por sua vez, possui origem histórica na França, em 1989, proposta de Gilbert Bonnemaison, Deputado francês que encaminhou ao Ministro da Justiça um relatório de modernização do sistema penal, no qual consistia em pleitear que apenas houvessem indivíduos presos para o número exato de vagas disponíveis, de modo a evitar o hiperencarceramento.

O princípio é fundamental de ser seguido no Brasil, mas tem sido reiteradamente violado. A lei de execução penal dispõe no artigo 88, alíneas a e b, *in verbis*:

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo

único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados). (LEI DE EXECUÇÃO PENAL N° 7.210/84)

Ocorre que na prática, os apenados permanecem juntos em celas superlotadas, expostos a vários tipos de doenças e comorbidades, doenças de pele e alergia causados pela má ventilação e falta de higiene pessoal, um problema ainda mais preocupante neste momento de pandemia global do COVID 19.

Portanto, ressalta que o princípio do *numerus clausus* preconiza a redução da população carcerária, e não a criação de novas vagas, partindo da premissa de que ninguém deve ingressar no sistema prisional se não há vagas ou local apropriado para essas pessoas permanecerem. Nesse sentido, a adoção do princípio do *numerus clausus* no âmbito da execução penal coaduna-se com os direitos fundamentais e individuais basilares de um Estado Democrático de Direito, conforme preconiza a Carta Magna em suas cláusulas pétreas, artigo 60, §4º, inciso IV. É um princípio tecnicamente possível, basta que as autoridades tenham atenção para o caótico cenário do sistema penal, com o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347.

Na prática, a questão não é tão simples pelas reiteradas violações aos direitos e garantias individuais dos apenados no sistema prisional, somado a isso, a falta de preocupação das autoridades e poder público em reduzir a população carcerária ou garantir um local digno de convivência. Algumas alterações recentes pela Lei n° 13.964/2019 foram severas no âmbito da execução penal, primordialmente no tocante a progressão de regime, no qual está prevista no artigo 112 e incisos da LEP. Anteriormente, a progressão de regime ocorria observando o cumprimento de 1/6 da pena para delitos comuns, 2/5 em delitos hediondos ou equiparados e 3/5 para reincidentes nos delitos hediondos, apenas para delitos hediondos cometidos antes de 2007 era possível a progressão de regime após o cumprimento de 1/6 da pena, eis que a previsão legislativa ocorreu após o ano de 2007, sendo aplicada a fração nas ações penais transitadas em julgado posteriormente.

Há a vedação de livramento condicional para delitos hediondos com resultado morte, tanto para apenados primários quanto reincidentes nos termos da lei, além de vedação a saída temporária nesses casos. Ainda, foram incluídos no rol de delitos hediondos o roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, nos termos do artigo 157, §2º, inciso V do CPB, o roubo com emprego de arma de fogo, conforme artigo 157, §2º-A, inciso I do CPB, ou pelo emprego de arma de fogo de uso proibido

ou restrito, bem como fora incluído no rol dos crimes hediondos o furto qualificado com a utilização de explosivos ou de artefato análogo que cause perigo comum, nos termos do artigo 155, §4º-A. Ressaltando assim o rol de crimes hediondos foi significativamente ampliado com o advento do Pacote Anticrime, o qual, por certo, figura como novatio legis in pejus. Portanto, a atual legislação só poderá ser aplicada em ações penais transitadas em julgado em 2020, eis que mais severa aos apenados.

Analisando os dados do banco nacional de monitoramento de dados do Conselho Nacional de Justiça, observa-se que apenas os tipos penais de furto, roubo e tráfico de drogas somam mais de 50% dos presos do sistema penal, e o impacto de inclusão de mais delitos patrimoniais no rol de delitos hediondos terá um impacto severo no âmbito da execução penal, tendo em vista as mudanças na progressão de regime e livramento condicional expostas com a redação da nova lei.

Deve-se salientar um dado fundamental para a aplicação do princípio do *numerus clausus* no âmbito da execução penal, posto que mais de 40% dos indivíduos privados de liberdade no país são provisórios, sem condenação definitiva. Em decorrência disso, o princípio do *numerus clausus* na execução penal denota a importância na aplicabilidade prática, em que pese que a consolidação efetiva desse princípio dependa da atenção das autoridades em tutelar os direitos dos apenados, no qual no cenário atual tem seus direitos e dignidade reiteradamente violados.

É fundamental lutar para que a Constituição da República seja cumprida, os direitos dos apenados no âmbito da execução penal, bem como para o cumprimento dos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário, ressaltando nesse sentido que em primeiro lugar cabe afirmar, em atenção ao desenvolvimento de uma política em matéria penal que seja respeitosa da legalidade e da proteção dos direitos fundamentais, que sua implementação deve necessariamente se comprometer a cumprir com os ditames dos organismos internacionais de direitos humanos que emanam dos tratados dos quais o país é signatário.

Diante dos fatos expostos e com as severas alterações trazidas na Lei nº 13.964/2019, bem como no número expressivo de presos provisórios, é fundamental trazer ao debate no âmbito da execução penal esse importante princípio, eis que coaduna-se com o disposto na Constituição da República e no que prevê expressamente a Lei de Execução Penal.

## 2.2 A Importância da Ressocialização dos Detentos

Trazendo para uma ótica de reestabelecer um ex-detento a convivência social por meio de políticas humanísticas, tornar sociável aquele que se desviou do caminho pela prática de condutas ilícitas, no cenário atual é bem difícil, pois para isso tornar

realidade irá depender da sociedade, tendo em vista que, estes serão alicerces que iram oferecer oportunidades ao reeducando, e condições para que ele consiga se regenerar e, dessa forma, não voltar mais a realizar o mesmo crime.

A ressocialização por sua vez tem a intenção de propiciar a dignidade e tratamento humanizado, mantendo a honra e a autoestima do detento, permitindo que este indivíduo tenha um acompanhamento psicológico, projetos de profissionalização e incentivos que colaborem para que os direitos básicos do condenado sejam realizados e priorizados. Para esse fim, a atuação da sociedade na inclusão do condenado a convivência social é essencial para a ressocialização supra efeitos positivos, pois reitera o preconceito existente para com esses indivíduos que estão reintegrando ao meio social, em busca de remissão pelos seus atos ilícitos praticados em algum momento de sua vida.

Existem diversos desafios percorridos por esses indivíduos após conquistarem a liberdade, a sociedade a frente da violência e criminalidade, se deixa levar pelo preconceito criado pelos meios de divulgação e acaba seguindo uma compostura. Porém, o principal obstáculo enfrentado pelos ex-condenados é entrar no mercado de trabalho, contudo, por serem ex-presidiários, a maioria não possui ensino fundamental completo e sequer profissional, sendo impossível serem inseridos em qualquer emprego. Evitando assim, que estes ex-detentos voltem ao convívio social contribuindo de meio direto para o aumento de reincidência no país, para que essa realidade mude os presídios teriam que oferecer as condições necessárias, uma delas é a classificação dos detentos, função esta se faz na individualização da pena.

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, as chamadas APAC's, é uma entidade civil, sem fins lucrativos, que desenvolve um trabalho para a recuperação e reintegração social de condenados as penas privativas de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto, bem como socorrer a vítima e proteger a sociedade. Está apresenta aos próprios presos, que estes são responsáveis pela sua própria recuperação contendo assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica prestada pela comunidade, a segurança e a disciplina do presídio são feitas com a colaboração dos recuperandos, tendo como suporte funcionários, voluntários e diretores das entidades, sem a presença de policiais e agentes penitenciários.

Em Minas Gerais tem sido dedicado a implantação de novas APAC's, a unidade pioneira foi na cidade de Itaúna, em 1986, também foram implantadas APAC's em outros Estados do Brasil como, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Norte e Rio Grande do Sul e já fora implantada em países como, Estados Unidos, Austrália, Chile, México, Nigéria, Nova Zelândia, Paquistão

entre outros países. O método utilizado desde de dezembro de 2011 foi o “Projeto Novos Rumos na Execução Penal”, visando a criação de novas APAC’s no Estado, como alternativa na humanização do condenado. Este Projeto atualmente é coordenado pelo Desembargador Joaquim Alves de Andrade, apresentando o Método APAC, orientando as Comarcas e municípios interessados em implantar e desenvolvê-lo, como medida de defesa social. Faz-se necessário tratar dos elementos que fundamentam este Método de valorização humana, sem que haja a ausência da finalidade punitiva da pena, buscando a recuperação do condenado e sua reinserção no convívio social, um dos requisitos da LEP que não vem sendo cumprindo, haja vista o grande número de reincidência no sistema comum.

O Método APAC tem como alicerce o estabelecimento de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado. E tem como filosofia “matar o criminoso e salvar o homem”, pois por meio do Método desenvolvido a execução penal deveria mostrar-se eficiente, eliminando os fatores criminógenos na personalidade e *modus vivendi* do apenado, alcançando assim seu objetivo de remir-se do crime reformando o criminoso. O trabalho desenvolvido pela APAC é baseado em 12 (doze) elementos fundamentais, quais sejam: a) participação da comunidade; b) ajuda mútua entre os recuperandos; c) o trabalho; d) a religião; e) assistência jurídica; f) assistência à saúde; g) valorização humana; h) integração da família; i) trabalho voluntariado; j) centro de reintegração social (CRS); k) conquistas de benefícios por mérito; l) jornada de libertação em Cristo, que foram descobertos depois de longos estudos e tentativas frustradas para alcançar índices satisfatórios.

A APAC é apenas um exemplo de diversas outras existentes no Brasil, que ajudam com educação, dignidade e humanidade para que estes indivíduos tenham chance de restabelecer na sociedade novamente. Há vários outros métodos de recuperação do preso, uma delas é o estudo onde o detento estuda dentro do presídio e poderá também ganhar remição em sua pena. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto pode remir um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar, definida por atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior, ou ainda de requalificação profissional. De acordo com a Recomendação n. 44 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para a remição por estudo devem ser consideradas o número de horas correspondentes à efetiva participação do apenado nas atividades educacionais, independentemente de aproveitamento, exceto quando o condenado for autorizado a estudar fora do estabelecimento penal. Neste caso, o condenado terá de comprovar, mensalmente, por meio de autoridade educacional competente, tanto a frequência, quanto o aproveitamento escolar.

Estas atividades podem ser desenvolvidas de forma presencial ou pelo Ensino a Distância (EAD), modalidade que já é realidade em alguns presídios do país, desde que certificadas pelas autoridades educacionais competentes. A norma do CNJ possibilita também a remição aos presos que estudam sozinhos e, mesmo assim, conseguem obter os certificados de conclusão de ensino fundamental e médio, com a aprovação no Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) e no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), respectivamente.

Nesse sentido, Albergaria (1996) expõe de forma contrária ao descrito anteriormente que:

“[...] a reeducação ou escolarização de delinquente é educação tardia de quem não logrou obtê-la em época própria [...]”.  
(ALBERGARIA, p. 26, 1996)

Deste modo, a educação é um direito amplo e não um benefício, pois o art. 41, inciso VII da LEP prevê a assistência educacional ao apenado e a própria CRFB/1988, em seu art. 205, versa que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da própria família, devendo ser promovida e estimulada com o auxílio da sociedade, buscando o desenvolvimento da pessoa, dando conhecimentos para o trabalho.

A leitura, por sua vez, também é um meio de reintegração do apenado, pois possibilita a facilidade de remir a pena por meio da leitura. Conforme a Recomendação n. 44 do CNJ, deve ser estabelecida a remição pela leitura como meio de atividade complementar, especialmente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional. Para isso, há necessidade de elaboração de um projeto por parte da autoridade penitenciária estadual ou federal visando à remição pela leitura, assegurando, entre outros critérios, que a participação do preso seja voluntária e que exista um acervo de livros dentro da unidade penitenciária. De acordo com a norma, o preso deve ter o prazo de 22 a 30 dias para a leitura de uma obra, apresentando ao final do período uma resenha a respeito do assunto, que deverá ser avaliada pela comissão organizadora do projeto. Cada obra lida possibilita a remição de quatro dias de pena, com o limite de doze obras por ano, ou seja, no máximo 48 dias de remição por leitura a cada doze meses.

No que tange ao exposto, Gomes (2008) diz que:

“é fundamentalmente uma forma de poder que potencializa virtudes e pessoas. O direito à educação é muito mais do que um direito à sala de aula. É um direito proeminente à maior



qualidade de vida. A singularidade do sistema prisional e a pluralidade dos sujeitos detentos reivindica uma educação prisional que deixe de ser pensada como um benefício e seja vista como a razão de ser do sistema prisional". (GOMES, p.44, 2008)

Mas, independentemente da remição, a leitura virou hábito entre presos. E outros benefícios são considerados tanto por presos, quanto por profissionais que atuam junto ao sistema. Condenado há nove anos por estupro, um dos mais banidos pela sociedade, um preso de 43 anos acredita que esteja evoluindo enquanto ser humano, através dos livros.

A religião vem de suma importância na questão da ressocialização já que ela proporciona uma convivência integralizada dos indivíduos, consegue despertar sentimentos que muitas vezes são deixados de lado devidos o maltrato que estão sujeitos na prisão, podemos ter como alguns sentimentos o perdão, a paciência, dentre outros. A mesma traz aos condenados uma nova forma de afrontar a situação que estão, não só na questão da vivencia dentro do presídio, mas também quando saírem, vendo sua saída de forma positiva que poderá conseguir uma verdadeira ressocialização e terá reais oportunidades de começar uma vida nova.

A dignidade no trato enquanto ser humano é um direito inerente a todos os indivíduos, por esse motivo os problemas estão aí e se tornam cada vez maiores, existem as ideias do que possa ser feito para que possa ser transformada a situação, as leis estão à disposição de todos, mas não bastam apenas normas se elas não são cumpridas como devem, é necessário colocar em prática de maneira efetiva as normas existentes em nosso ordenamento bem como a Lei de Execução Penal que tem-se como uma normatização específica a respeito do assunto.

Portanto, a situação nos presídios brasileiros é caótica e não atendem às finalidades essenciais da pena quais sejam punir e recuperar. É necessário que sejam implementadas políticas públicas voltadas para a organização desse sistema e promover uma melhor efetivação da Lei de Execução Penal.

### 2.3 Os meios de Inclusão do Trabalho no Sistema Prisional

O desenvolvimento profissional do preso é fundamental no sistema prisional, é a única forma da sociedade mostrar ao criminoso uma forma diferente de trabalhar e manter-se. Neste caso, faz-se referência ao criminoso profissional, se o sistema prisional oferecer ao preso uma formação profissional aceita pela sociedade, demonstrando a ele formas de lucrar licitamente com aquela formação que recebeu,

este quando sair da prisão, terá capacitação profissional para manter um estilo de vida lícito.

Para isso, as condições de trabalho no sistema prisional devem atender aos princípios de higiene e salubridade, além dos princípios constitucionais de segurança do trabalho, o ambiente do trabalho prisional deve ser melhor que os demais ambientes prisionais, de forma que o preso trabalhador se sinta motivado a sair da cela para uma oficina, devendo-se optar no sistema prisional por espécies de trabalho que supram as necessidades pessoais do condenado, sejam compatíveis com sua inteligência, com suas habilidades específicas. Conforme Hassem (1999) cita o caso de presos urbanos que são encaminhados para penitenciárias agrícolas, as condições de trabalho, para este trabalhador serão infamantes, aviltantes, posto que não respeita o que ele será.

Assim, o trabalho do preso não deve ser visto unicamente como forma de ele pagar sua dívida com a sociedade, mas como a forma dele optar por uma nova forma de viver, durante o cumprimento da pena e após seu cumprimento, na vida em liberdade, para que não volte a delinquir. Um ponto negativo do sistema que não reeduca o preso, não lhe oferece trabalho, mas apenas segrega o condenado pela prática de crimes, transformando as prisões em depósitos temporários de seres humanos indesejados pela sociedade, existe uma enorme probabilidade de reincidência, tanto para o criminoso profissional, posto que não foi ressocializado, como para o criminoso eventual, já que pode pesar sobre si o estigma da prisão, sua rotulação e conseqüente segregação do convívio social. Este indivíduo que não é reincidente em potencial acaba se tornando um criminoso profissional por pura falta de opção. Neste estágio em que se apresenta o sistema, pode-se dizer que a incidência é o que gera a reincidência.

Em vista disto, a busca por melhores condições de sobrevivência impulsionou a sociedade para uma evolução tão grande que criou a necessidade da existência de uma mega estrutura estatal de resolução de conflitos, que atualmente no Brasil aplica-se a segregação temporária do infrator das normas sociais, fazendo-se necessário para a manutenção da ordem, mas acontece que o sistema além de punir muito pouco do total de infrações ocorridas, pune mal, pune somente por punir. Sendo, necessário pensar em uma forma que habilite o infrator das normas sociais a conviver pacificamente em sociedade, formula ainda não encontrada.

Alguns modelos ideais são propostos com bastante frequência, entretanto, nem tudo que é ideal é viável. O Estado precisa dispende dinheiro para a prevenção de desigualdades sociais e solução de problemas emergentes, como a saúde da população, sendo difícil encontrar uma forma de conseguir dinheiro para

ressocializar os indivíduos que violam as leis. Onde, a proposta, então, é que o indivíduo segregado do convívio social pelo aprisionamento tenha no trabalho lícito e prazeroso uma nova forma de viver em harmonia com os demais. Na qual este trabalho apresenta-se como solução, pois a sociedade vê o trabalho como algo necessário, e o homem trabalhador como virtuoso, e por consequência, aceito.

Entretanto, o trabalho, no sistema prisional, ainda não atingiu a todos os presos, vezes por falta de vagas em oficinas ou empresas, e por conta dos presos não quererem trabalhar. Sendo assim, o trabalho no sistema é direito e também uma obrigação imposta ao preso e tem como finalidades reduzir ou acabar com a ociosidade destes, ociosidade esta que no sistema prisional nunca é benéfica quando por longos períodos, assim como é na vida de qualquer pessoa livre. Aquele preso que tem no crime seu meio de subsistência, como trabalho habitual a prática do ilícito penal, seja qual for o crime estelionatos, tráfico ilícito de entorpecentes, homicídio, entre outros, o trabalho no sistema serve como forma de inculcar uma nova forma de ver o trabalho, nova forma de lidar com o dinheiro e de ganhar dinheiro, inculcando valores e demonstrando a viabilidade de viver dignamente dentro da licitude.

Para os presos que não tem o crime como meio de vida o trabalho é importante no sentido de retirar da ociosidade, já que para o preso que praticou um crime por deslize, ou qualquer outro fator que não a obtenção de dinheiro, não para a subsistência sua e da família, dificilmente voltará a delinquir, pois o castigo nestes casos costuma funcionar, entretanto poderá voltar a delinquir se, ao chegar na sociedade, for discriminado por sua condição de egresso do sistema, pelo que poderá praticar crimes, inclusive com o aprimoramento técnico do que aprendeu com os colegas de cárcere que utilizavam o crime para sobreviver.

Com isso, é importante estudar formas de reinserção no seio de onde ele habitará, quando sair da prisão, e onde viverá com sua família, formas essas que poderão dar melhoria de vida e manter suas mentes sempre ocupadas, longe de pensamentos ilícitos, pois após se redimir o ex-detento apenas deseja se reintegrar dentro da sociedade. Assim, para ambos os casos o trabalho é importante, e deve ser executado da forma mais digna e prazerosa possível, dada sua importância.

### 3.CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da ressocialização dos detentos, que se tratou do ato de reingresso no mercado de trabalho em ambiente dentro das penitenciárias ao invés de algum estabelecimento particular. Essa insatisfação com o ambiente predomina no próprio sistema prisional

pois cria um ambiente propício para um comportamento ainda mais violento por parte do detento.

Dessa forma, esta pesquisa tentou contribuir para a reinserção do ex-detento no mercado de trabalho, a mesma tem como função proporcionar condições harmônicas ao condenado para a integração social. De fato, o trabalho dentro do sistema prisional não é somente possível como já se apresenta como uma realidade em alguns Estados pelo Brasil. Portanto, a ressocialização de ex apenados surge como forma de resgatar a dignidade humana destes indivíduos.

O objetivo desta pesquisa foi o sistema prisional para a ressocialização dos detentos com base nos problemas da superlotação, da importância da ressocialização dos detentos e nos meios de inclusão do trabalho no sistema prisional. Esta questão levantada na pesquisa foi respondida no desenvolvimento da pesquisa quando o Estado possui o dever de promover a reintegração dos detentos à sociedade da qual foi segregado durante a pena, a contribuição desse reingresso seria o trabalho se tornar um instrumento produtivo que atuará como propulsor de uma educação, ou reeducação do detento.

Assim, a ressocialização como meio de trazer de volta aqueles indivíduos que um dia fizeram parte da sociedade, sejam beneficiados pela inclusão do trabalho, meios estes que proporcionaram aos detentos um mecanismo onde trará oportunidades de retornar a trabalhar e poder sustentar suas famílias como muitos possuem. Afinal, a prática da ressocialização dos detentos a sociedade significa dizer que irá ter mão de obra disponível para o Estado e menos frequência de infrações penais pelas cidades.

Contudo, pudemos abordar também a metodologia pedagógica aos condenados, esta por sua vez, traz uma nova forma de afrontar a situação que estes se encontram, não só na questão da vivência dentro do presídio, mas também quando saírem, vendo sua saída de forma positiva que poderá conseguir uma verdadeira ressocialização e terá reais oportunidades de começar uma nova jornada da vida.

Portanto, de qualquer modo, é possível concluir que não há nenhuma norma que proíba expressamente a prática da ressocialização dos apenados no sistema prisional, pelo contrário há normas regulamentadoras que deixam clara o viés deste tema. Diante disto, é fundamental ocorrer mudanças extremas neste sistema como a modernização de estruturas penitenciárias, a descentralização com a edificação de novas cadeias pelas cidades, a ampliação da assistência jurídica, melhorias na assistência médica, social e psicológica, a expansão de novos projetos que visem à

ocupação e o trabalho do detento, separar presos reincidentes dos primários, acompanhar a reintegração social dos reclusos, oferecer garantias de retorno ao mercado de trabalho e outras providências se fazem necessárias.

#### 4.REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Fernanda Paim Socas. **O Trabalho No Sistema Prisional Como Fator De Reinserção Social Do Preso E Combate A Violência.** Disponível Em: <https://Juridicocerto.Com/P/Fernanda-Paim-Socas/Artigos/O-Trabalho-No-Sistema-Prisional-Como-Fator-De-Reinsercao-Social-Do-Preso-E-Combate-A-Violencia-4238>. Acesso Em: 18 Mai. 2020.

ASSIS, Rafael Damaceno De. **A Realidade Atual Do Sistema Penitenciário Brasileiro.** Direitonet. Disponível Em: <https://Www.Direitonet.Com.Br/Artigos/Exibir/3481/A-Realidade-Atual-Do-Sistema-Penitenciario-Brasileiro>. Acesso Em: 16 Mai. 2020.

BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES, **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA** <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/cadastro-nacional-de-presos-bnmp-2-0/>>, acesso em 26 de julho de 2020.

CALMON, Jeferson Vieira. **Análise Do Processo De Ressocialização, Com Foco À Reinserção Do Indivíduo Na Sociedade.** Disponível Em: <https://Monografias.Brasilecola.Uol.Com.Br/Direito/Analise-Processo-Ressocializacao-Com-Foco-A-Reinsercao-Individuo.Htm>. Acesso Em: 18 Mai. 2020.

CAMARGO, Virginia. Realidade Do Sistema Prisional No Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, N. 33, Set 2006. Disponível Em: <[http://Www.Ambito-Juridico.Com.Br/Site/Index.Php?N\\_Link=Revista\\_Artigos\\_Leitura&Artigo\\_Id=1299](http://Www.Ambito-Juridico.Com.Br/Site/Index.Php?N_Link=Revista_Artigos_Leitura&Artigo_Id=1299)>. Acesso Em 16 Mai. 2020.

CAPPELLARI, Mariana. **Política Nacional De Trabalho No Âmbito Do Sistema Prisional.** Disponível Em: <https://Canalcienciascriminais.Com.Br/Politica-Nacional-Trabalho/>. Acesso Em: 21 Mai. 2020.

#### **Constituição Da República Federativa Do Brasil (1988)**

Corte Interamericana De Direitos Humanos. **Jurisprudência Da Corte Interamericana De Direitos Humanos.** Brasília: Ministério Da Justiça, 2014. 7 V.

DESCARTES, René. **Discurso Do Método**, 2003. Disponível Em: <<http://Ateus.Net/Artigos/Filosofia/Discurso-Do-Metodo/>>. Acessado Em: 23 Maio. 2020.

DIAS, Sandro; Oliveira, Lourival José De. **A Reinserção Social Através Do Trabalho: Responsabilidade Empresarial No Resgate Da Dignidade Da Pessoa Humana.** Disponível Em: [Http://Npa.Newtonpaiva.Br/Letrasjuridicas/Wp-Content/Uploads/2016/09/Lj-0537.Pdf](http://Npa.Newtonpaiva.Br/Letrasjuridicas/Wp-Content/Uploads/2016/09/Lj-0537.Pdf). Acesso Em: 21/05/2020.

GRECO, Rogério. Direitos Humanos, **Sistema Prisional E Alternativa À Privação De Liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso De Direito Penal:** Parte Geral. 4<sup>a</sup> Ed. Rev., Atual E Ampl. Rio De Janeiro: Impetus, V.1, 2011.

LEBRE, Marcelo. **Pacote Anticrime: anotações sobre os impactos penais e processuais.** Curitiba: Editora Aprove, 2020.

**Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984.**

MACHADO, Nicaela Olímpia; Guimarães, Isaac Sabbá. **A Realidade Do Sistema Prisional Brasileiro E O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana.** Disponível Em: [Https://Www.Univali.Br/Graduacao/Direito-Itajai/Publicacoes/Revista-De-Iniciacao-Cientifica-Ricc/Edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.Pdf](https://Www.Univali.Br/Graduacao/Direito-Itajai/Publicacoes/Revista-De-Iniciacao-Cientifica-Ricc/Edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.Pdf), Camboriú/Sc, P. 1-16, 18 Maio 2020.

Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em: 06 Out. 2020.

Naciones Unidas (1987) **Convenção Contra A Tortura E Outros Tratamentos Ou Penas Cruéis, Desumanos Ou Degradantes** (Disponível Online: [Https://Www2.Camara.Leg.Br/Atividadelegislativa/Comissoes/Comissoes-Permanentes/Cdhm/Comite-Brasileiro-De-Direitos-Humanos-Epolitica-Externa/Convtorttratpencrudesdegr.Html](https://Www2.Camara.Leg.Br/Atividadelegislativa/Comissoes/Comissoes-Permanentes/Cdhm/Comite-Brasileiro-De-Direitos-Humanos-Epolitica-Externa/Convtorttratpencrudesdegr.Html))

**Naciones Unidas: Derechos Humanos** (Disponível Online: [Https://Www.Ohchr.Org/Sp/Professionalinterest/Pages/Internationallaw.Asp](https://Www.Ohchr.Org/Sp/Professionalinterest/Pages/Internationallaw.Asp)) Acesso em: 06 Out. 2020.

NETO, Manoel Valente Figueiredo; Mesquita, Yasnaya Polyanna Victor De Oliveira;Teixeira, Renan Pinto; Rosa, Lúcia Cristina Dos Santos. **A Ressocialização Do Preso Na Realidade Brasileira: Perspectivas Para As Políticas Públicas.** Disponível Em: [Https://Ambitojuridico.Com.Br/Cadernos/Direito-Penal/A-Ressocializacao-Do-](https://Ambitojuridico.Com.Br/Cadernos/Direito-Penal/A-Ressocializacao-Do-)

Preso-Na-Realidade-Brasileira-Perspectivas-Para-As-Políticas-Públicas/. Acesso Em: 18 Mai. 2020.

RESENDE, Gabriela Samara De. **O Sistema Penitenciário E A Ressocialização Do Apenado**. Disponível Em: <https://Jus.Com.Br/Artigos/68664/O-Sistema-Penitenciario-E-A-Ressocializacao-Do-Apenado>. Acesso Em: 18 Mai. 2020.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Um princípio para a execução penal: numerus clausus**. Revista Liberdades, nº 15, janeiro/abril de 2014, Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 105.

SOUSA, Jucyelle Bezerra Cavalcante E Tamillys Moraes (Ed.). **Dificuldades Dos Ex-Apenados Em Reingressar No Mercado De Trabalho**. Disponível Em: • <https://Ambitojuridico.Com.Br/Cadernos/Direito-Penal/A-Reinsercao-Do-Reeducando-Por-Meio-Do-Trabalho/>. Acesso Em: 04 Mar. 2020.

VIEIRA, Jeniffer. **Aplicação Da Lei De Execução Penal E A Reinserção Social Do Preso**. Disponível Em: <https://Jus.Com.Br/Artigos/78462/Aplicacao-Da-Lei-De-Execucao-Penal-E-A-Reinsercao-Social-Do-Preso>. Acesso Em: 21 maio.2020.

## **A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: INEFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A FALTA DE POLÍTICAS DE RESSOCIALIZAÇÃO**

**RAYFRAN CASTRO E CASTRO:**

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA. Assistente Jurídico.

**RESUMO:** O presente artigo pretende demonstrar uma análise a questão da maioridade penal em seu processo evolutivo, para a substancia do aspecto socioeconômico e posições doutrinarias acerca do tema proposto. Bem como expor a análise em um contexto global, no qual, visam demonstrar que práticas de redução da maioridade penal mostram eficiência quando aplicada em conjunto com políticas de ressocialização e, não obstante, se fazendo necessário observar a sua ineficácia quando constatado a falta de tais políticas. Tendo assim, a possibilidade de confirmar a capacidade (ou incapacidade) do atual Estado brasileiro em consubstanciar a redução da maioridade penal, uma vez que no Brasil o percentual de atos infracionais vem tomando proporções que tornam necessário essa discussão, portanto, traz o hipótese de avaliar a redução da maioridade penal como forma de redução da criminalidade infanto juvenil e discutir políticas de inclusão social visando a recusa de práticas criminosas e, posteriormente, visto ineficaz a recusa de tais práticas, a ressocialização, pois, intentar o êxito na recusa de práticas delituosas junto as aplicações de diretrizes dadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, tornaria desnecessário a discursão da redução da maioridade penal e uma vez que a fiscalização de sua aplicabilidade pelas autoridades públicas não é efetiva, torna-se necessário a abordagem da redução da maioridade penal.

**Palavras-chave:** Adolescentes. Medida Socioeducativa. Maioridade Penal.

**Abstract:** This article intends to demonstrate an analysis of the question of the age of criminal responsibility in its evolutionary process, for the substance of the socioeconomic aspect and doctrinal positions on the proposed theme. As well as exposing the analysis in a global context, in which, they aim to demonstrate that practices of reducing the age of criminal responsibility show efficiency when applied in conjunction with re-socialization policies and, nevertheless, it is necessary to observe its ineffectiveness when it is found the lack of such policies. Thus, the possibility of confirming the capacity (or incapacity) of the current Brazilian State to substantiate the reduction of the age of criminal responsibility, since in Brazil the percentage of offenses has been taking proportions that make this discussion necessary, therefore, brings the hypothesis of evaluate the reduction of the age of criminal responsibility as a way of reducing child and juvenile crime and discuss social inclusion policies aiming at the refusal of criminal practices and, subsequently, since



the refusal of such practices is ineffective, the resocialization, therefore, intent the success in the refusal of practices offenses with the application of guidelines given by the Statute of the Child and Adolescent, it would make the discussion of reducing the age of criminal responsibility unnecessary and since the inspection of its applicability by public authorities is not effective, it becomes necessary to approach the reduction of the age of criminal responsibility.

Keywords: Adolescents. Socio-educational measure. Age of criminal responsibility.

## 1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem grande visibilidade quanto à legislação sobre a infância e a juventude. Não obstante, após sua aprovação, em 1990, houve uma intensa campanha visando expor a ineficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo, assim, como centro, a discussão sobre a redução da maioridade penal. Caracterizada como tema recorrente e estando à altura de retratar esta realidade, no qual, bastando a prática de um ato infracional para que, estando presentes as mediações e a implicações das medidas socioeducativas e logo a alta probabilidade na ineficácia, se chegue ao debate sobre a redução. Vindo, portanto, passar a ter por fundamentos tal ineficiência das aplicações, bem como a falta de gerenciamento de medidas socioeducativas; fazendo com que se fomente ainda mais a discussão sobre o tema.

Atualmente, a Carta Magna de 1988 considera as crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (dos 12 aos 18 anos) como titulares de direitos e deveres, sendo os jovens incluídos nesse rol com o advento da Emenda Constitucional 65/2010, passando o Artigo 227 a ter a seguinte redação:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Cunha Júnior; Novelino, 2013, p. 808, grifo nosso).

Quanto ao Artigo 228, expressa o texto constitucional que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial” (Cunha Júnior; Novelino, 2013, p. 809). Assim, não é possível que a legislação ordinária impute responsabilidade penal aos menores de 18 anos.

De forma que, para o atual ordenamento jurídico brasileiro a maioria penal ocorre aos 18 anos de idade, sendo também este o limite estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Penal Brasileiro.

A maioria penal, atualmente, é tema contemporâneo e bastante polêmico entre os legisladores, juristas e sociedade em geral, havendo assim, diversas opiniões acerca deste tema.

O aumento da criminalidade no país e a participação cada vez mais significativa de menores fomentam esta discussão, onde, atualmente existem diversos projetos de lei apresentando proposta de modificação do Artigo 228 da CRFB/88 tendo em vista os indivíduos a partir de 16 anos já possam ser considerados penalmente imputáveis.

O debate acerca da punibilidade do menor infrator ganha notoriedade, pois devido ao crescente número de atos infracionais cometidos e a incapacidade do Estado em gerir medidas socioeducativas e políticas de ressocialização eficazes, expõe um desequilíbrio favorável a redução da maioria penal.

## **2 A EVOLUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL**

As práticas voltadas para a infância, no Brasil, foram iniciadas pelas instituições religiosas. De uma maneira geral, a assistência ao pobre era de domínio absoluto da esfera da religiosidade ou eclesiástica, já que a atitude caritativa – de piedade e compaixão – era considerada como condição primordial para a garantia da salvação da alma (Rizzini, 2008). A caridade estava envolvida fortemente nisso, da qual era uma das principais marcas no que diz respeito à assistência à infância.

Nas palavras de Coimbra e Nascimento (2005, p. 342):

[...] esta questão científica está convencida de uma missão social cristã na construção de uma Nação moderna e suas propostas baseiam-se em medidas que devem promover o saneamento moral do país. A degradação moral é especialmente associada à pobreza e percebida como uma epidemia que se deve evitar. Portanto, para erigir uma Nação, os higienistas afirmam que toda a sociedade deve participar dessa cruzada saneadora e civilizatória contra o mal que se encontra no seio da pobreza.

Visto que a maioria penal define a idade de um indivíduo possuir capacidade jurídica de responder integralmente e penalmente pelos seus atos criminosos, sendo, no Brasil, atingida aos 18 anos.

Apontam estudos que no início do século XIX, de acordo com as Ordenações Filipinas, a inimputabilidade penal se encerrava aos 7 anos de idade. Este menor não estava sujeito à pena de morte. Enquanto o sistema era aplicado para os jovens que tinham entre 17 e 21 anos, podendo vim a ser condenado à morte, ou, dependendo das circunstâncias, poderia ter a diminuição da sua pena. A maioridade penal absoluta era alcançada aos 21 anos e se via sujeita a aplicação da pena de morte.

A maioridade penal foi instaurada no Brasil pelo primeiro Código Criminal do Império (1830) e era alcançada aos 14 anos, conforme previsto no Artigo 10 do seu texto. O critério psicológico do discernimento era aceito e caso estivesse presente no ato praticado pelo menor, este deveria ser encaminhado às chamadas casas de correção, obedecendo ao Artigo 13. O tempo a ser cumprido nestas casas seria determinado pelo magistrado, mas não deveria ultrapassar a data em que o menor completaria 17 anos de idade. A condenação à prisão perpétua era prevista.

Segundo Carvalho (1977, p. 312):

O nosso Código Criminal de 1830 distinguia os menores em quatro classes, quanto a responsabilidade criminal: a) os menores de 14 anos seriam presumidamente irresponsáveis, salvo se se provasse terem agido com discernimento; b) os menores de 14 anos que tivessem agido com discernimento seriam recolhidos a casas de correção pelo tempo que o juiz parecesse, contanto que o recolhimento não excedesse a idade de 17 anos; c) os maiores de 14 anos e menores de 17 anos estariam sujeitos às penas de cumplicidade (isto é, caberia dois terços da que caberia ao adulto) e se ao juiz parecesse justo; d) o maior de 17 anos e menor de 21 anos gozaria da atenuante da menoridade.

O Código Penal de 1890, chamado de Código Republicano trouxe algumas alterações quanto a legislação anterior, buscando zelar pelos menores de nove anos de idade, quando proibia expressamente, em seu Artigo 27, § 1º, a caracterização dos mesmos como imputáveis. Além disso, inovou ao criar instalações disciplinares industriais, para os quais os maiores de nove anos e menores de quatorze anos, que praticassem ilícitos com discernimento de sua conduta, eram encaminhados. A verificação da presença deste discernimento era de extrema dificuldade para o juiz, que acabava decidindo pela ausência deste critério.

Após esta análise, caso observada a presença de compreensão do ato praticado, os infratores deveriam ser dirigidos às chamadas instalações disciplinares industriais, não podendo lá permanecer após atingirem 17 anos de idade.

Assim, a inimizabilidade penal se encerrava aos quatorze anos. No entanto, dependendo do discernimento do infrator, este limite mínimo poderia ser reduzido, atingindo os agentes com nove anos de idade.

Ainda segundo Aníbal Bruno:

[...] nos fins do século XIX outra ordem de motivos veio a influir na matéria – motivos de natureza criminológica e de política criminal, segundo os novos conhecimentos sobre a gênese da criminalidade e a ideia da defesa social, que impunha deter os menores na carreira do crime. Daí nasceu o impulso que iria transformar radicalmente a maneira de considerar a tratar a criminalidade infantil e juvenil, conduzindo-a a um ponto de vista educativo e reformador. (BRUNO, A., 2005, p. 543).

A Lei 4.242, de 5 de janeiro de 1921, em seu Artigo 3º, revogou o dispositivo do Código de 1890, que tratava da inimizabilidade e trouxe, em seu Artigo 20 a seguinte previsão:

O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não será submetido a processo de espécie alguma e que o menor de 14 a 18 anos, indigitado autor ou cúmplice de crime ou contravenção será submetido a processo especial.

Esta lei possibilitou, também, a criação de um serviço que proporcionasse assistência e fornecesse proteção à infância desamparada e delinquente, resultando na construção de abrigos e tantas outras providências objetivando o auxílio ao menor.

Em 1927, surge o primeiro Código de Menores brasileiro, no qual a criança merecedora de tutela do Estado era o “menor em situação irregular”. Silveira (1984) afirma haver a presença de uma dicotomia entre menor abandonado e menor delinquente, objetivando, assim, ampliar e melhor explicar as situações que dependiam da intervenção do Estado. O Juizado de Menores e todas as suas instituições auxiliares são criadas e regulamentadas pelo Poder Judiciário. Nota-se o Estado atuando como instrumento de proteção e vigilância da infância e adolescência, vítima da omissão e transgressão da família.

De acordo com o Código de Menores, estes eram classificados de três maneiras:

A primeira tratava dos menores de 14 (quatorze) anos, que não estavam sujeitos a nenhum processo. A segunda classificação

tratava dos maiores de 14 (quatorze) e menores de 18 (dezoito) anos. Importante aqui ressaltar que estes jovens estavam sujeitos a um processo especial e não ao processo penal ao qual estavam sujeitos os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos, que serão tratados logo adiante quando falarmos da terceira classificação. A aqueles indivíduos era imposta medida de internação, com duração a ser determinada pelo magistrado, e que deveria ter prazo maior entre três e sete anos.

Por último, temos os maiores de 16 e menores de 18 anos. Estes deveriam ser encaminhados a uma instalação para condenados de menoridade caso praticassem crime grave ou se fossem tidos como indivíduos perigosos. Era previsto também, na falta destes estabelecimentos, a possibilidade de o magistrado remetê-los à prisão comum, devendo ficar separados dos adultos.

Em se tratando de menores abandonados, a previsão determinava a colocação destes em um lar, sendo este o dos próprios pais, tutores ou guardiões. No entanto, no caso de o menor ter menos de 2 anos de idade, ele deveria ser criado “fora da casa dos pais”.

No Código Penal de 1940, que vigora até os dias de hoje, o limite da inimputabilidade penal foi fixado aos menores de 18 anos. Porém, a prática de um ilícito, ocasiona a submissão a procedimentos educacionais previstos em legislação especial (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Em 1969 observamos uma tentativa de atualização, quando o Código Penal, em seu Artigo 33, traz novamente o critério do discernimento. Se via possível a aplicação da pena ao maior de 16 e menor de 18 anos, com a pena reduzida de 1/3 a metade, desde que presente o entendimento do ato praticado por parte do infrator. Temos, assim, uma presunção de inimputabilidade relativa.

A redação do artigo supracitado dizia:

Artigo 33. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.

No entanto, esse Código foi revogado, não entrando em vigor, e a maioria penal continuou sendo a fixada pelo código de 1940, ou seja, os menores de 18 anos não podem ser considerados imputáveis (Artigo 228, da Constituição Federal).

Importante ressaltar aqui, também, o Código Penal Militar, que afirmava ser imputável os maiores de 18 anos, mas possibilitava essa caracterização aos menores com 16 anos caso fosse revelado discernimento. Este artigo também não se viu recepcionado pela norma constitucional. (CÓDIGO PENAL, 1940).

O Estado não conseguiu concluir nenhuma política pública emergencial para que este cenário se modifique, apesar do grande avanço na proteção dos menores com o Estatuto da Criança e do Adolescente – E.C.A. (Lei nº 8.069/90).

Atualmente, o adolescente infrator não se ressocializa de maneira adequada nas instituições de recuperação, pois, não existe nenhuma iniciativa correta por parte do Estado para aniquilar esta recidiva.

O que se nota é a recaída destes menores em outros atos, ou nos mesmos atos infracionais que o levaram à internação, em um grau cada vez mais violento, ou seja, não basta só as medidas socioeducativas ou os períodos de internações em instituições próprias sem uma política de ressocialização adequada para que voltem a ser peças atuantes e frutíferas da sociedade.

Abordado estes desenvolvimentos, desde o Código de Menores do Brasil (Decreto nº 17.943 de 1927 que foi revogado em 1979 pela Lei nº 6.697 de 1979) até chegar no Estatuto da Criança e do Adolescente apontando a proteção e a punibilidade do menor de idade, fez-se necessário um breve balanço do desenvolvimento histórico do Código Penal Brasileiro, passando desde o primeiro Código datado de 1830 até o atual.

Em seguida sendo possível demonstrar se é Constitucional ou Inconstitucional os Projeto de Emenda Constitucional que buscam votação pelo Senado Nacional, principalmente se isso vai de encontro com os Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Analisando, assim, as políticas públicas para evidenciar estes atos lógicos em que o Estado está propondo para ressocializar estes menores.

### **3 A JUSTIÇA JUVENIL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS**

Na Justiça Juvenil não são aplicadas as penas de detenção ou reclusão, mas sim medidas socioeducativas para crianças e adolescentes com idades entre 12 a 18 anos, conforme exposto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tendo também por definição, considerar a criança a pessoa com 12 anos incompletos e adolescente a pessoa entre 12 anos completo e 18 anos incompletos.

Após constatado o ato infracional, são aplicadas as medidas de proteção às crianças e medidas socioeducativas aos adolescentes. A ocorrência de ato infracional, que é a conduta descrita como crime ou contravenção, enseja a aplicação prioritária da aludida legislação especial atribuindo-se a competência ao Juízo da infância e juventude. Ao ficar comprovado, após processo judicial, a prática de ato infracional, as medidas socioeducativas são aplicadas conforme dispõe o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente). As medidas socioeducativas têm como objetivo reintegrar socialmente o adolescente e evitar a reincidência do ato praticado.

As medidas aplicadas aos adolescentes devem levar em conta as circunstâncias e gravidade da infração, possibilidade de cumprimento. Os adolescentes portadores de doenças ou deficiências mentais deverão receber tratamento especializado e em local que atenda às necessidades deles.

De acordo com o capítulo IV do Estatuto, a internação é umas das 12 medidas que o Poder Judiciário pode aplicar aos adolescentes em conflito com a lei. A restrição de liberdade poderá ter o tempo máximo de 3 anos de duração e a cada 6 meses é feita a manutenção da internação. Obrigatoriamente, após completar 21 anos de idade, todos os internados deverão ser liberados.

A justiça voltada a criança e ao adolescente tem se caracterizado no Brasil com avanços, mas também bastante resistência por parte de quem trabalha, de quem estuda, de quem milita e também com muitos questionamentos, visto, desde já, por estar em falta em pautas no congresso nacional acerca deste tema. Deste qual seria necessário fomentar a discussão sobre o sistema da justiça juvenil pensando nos autores junto as medidas socioeducativas, visando, também, o âmbito acadêmico e profissional.

Aprofundar a reflexão sobre o adolescente, sobre ato infracional, sobre a intervenção do Estado na vida desse adolescente e na vida de suas famílias; com perspectivas no desafio de toda essa intersecção que se tem que tratar, visto que, sendo diferente do sistema penal, o sistema socioeducativo se diferencia quanto a questão voltada a lidar com um conjunto da vida do adolescente infrator.

Decorrido certo desenvolvimento da justiça juvenil no mundo, tendo, assim, observações a justiça especializada no Brasil com o objetivo e verificar os procedimentos e diretrizes que hoje existentes, bem como dilemas, perspectivas, projetos de redução da maioria penal e aumento de tempo de internação observado a questão de marcadores sócias tais com o gênero, a sexualidade, a filiação racial e, sendo um dos pontos extremamente importantes, a saúde mental.

Segundo pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, a maioria dos adolescentes privados de liberdade no Brasil tem idade entre 15 e 17 anos (47,5%); são negros (mais de 60%); não frequentavam a escola antes de ingressar na unidade (57%); não trabalhavam (49%); e foram criados apenas pela mãe (43%). Em média, os adolescentes que declararam ter parado de estudar entre oito e 16 anos interromperam seus estudos aos 14 anos; faziam uso de drogas ilícitas (75%); e os atos infracionais correspondentes a crimes contra o patrimônio foram os mais praticados, sendo que o roubo obteve os mais altos percentuais. Ou seja, o sistema de justiça juvenil tem sido implacável com um perfil de adolescentes que, no contexto da prática do ato infracional, conviviam com uma série de vulnerabilidades, como defasagem escolar, falta de referências familiares, uso de drogas, pobreza extrema etc.

Vem também ser ponto de observações as execuções de medidas socioeducativas em meio fechado e meio aberto, a medicalização dentro das unidades, vindo a restringir ainda mais o direito do adolescente infrator.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tem sido confrontado por questionamentos em frentes que buscam um ponto mais securitário e com alegações de haver apenas uma forma de lidar com os atos infracionais (reduzindo a maioria penal), dando, assim, insegurança na aplicação de medidas socioeducativas e ao sistema de justiça juvenil.

Quanto ao sistema de execução da medida socioeducativa, ao contrário de se propor uma articulação entre sanção, tal como a reprovação do ato infracional com as atividades socioeducativas, elas muitas vezes acabam por priorizar procedimentos de segurança, vigilância e controle.

O qual geram desrespeito as medias de brevidade e excepcionalidade da medida socioeducativa de internação, já que a regra seria a aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto.

Também pode-se observar a rigorosa falta de separação por critérios de idade, compleição física e gravidade de infração. O que é originaria aplicabilidade voltada apenas para a dimensão securitária, deixando de lado a assistência a sócio educação e a posterior ressocialização, todas essas sendo de dimensões emancipatórias vindas em segundo lugar.

Sem condições adequadas, a aplicação, em regra, tem sido as de procedimentos de segurança.

#### **4 A INVULNERABILIDADE ECONÔMICA E A DESIGUALDADE SOCIAL**



A infração juvenil pode ocorrer em meio a dificuldades socioeconômica e cultural que precede o adolescente a infração em que o próprio adjetivo infracional com o qual se passou a qualificar determinados atos, convertendo-lhes em objeto do sistema de justiça.

Para o adolescente autor de ato infracional, infringir a lei não detém outros significados, diversos dos que têm para os infratores adultos, no entanto, sendo parte dos movimentos de crise e reconstrução que demarcam as transições de identidade, o processo que pode ser mais difícil para alguns subgrupos de adolescentes, aos quais as condições materiais de desenvolvimento os alijam do consumo e das oportunidades de participação social cidadã.

Não obstante, a infração como ato de autoria subjetiva, mantém ao mesmo tempo, uma linha de continuidade com outros movimentos de ruptura, necessários à nova configuração pessoal do adolescente em meio às mudanças com desenvolvimentos em curso, tais como os comportamentos de oposição, agressivo, de risco, transgressivo. Portanto, não é um fenômeno divorciado, nem exclusivo das minorias econômicas, mas uma passagem ao ato superlativa, exibindo o exagero próprio do movimento de subjetivação do adolescente

Desse modo, o conflito com a lei não representa um elo na cadeia de exclusão, violência e negação da alteridade. Como efeito, a garantia da voz e a participação política comunitária, quando se asseguram formas legítimas de promoção da consciência, da autonomia, e do protagonismo, tornam-se passos importantes para o enfrentamento da infração juvenil.

E, esses meios de enfrentamento da infração abrangem especialistas de diversas áreas, desde profissionais do Direito até engajados na área social e Direitos Humanos, que argumentam a favor e contra essa alteração, levando em conta, além dos aspectos criminais, as condições sociais que envolvem o perfil do jovem que comete ato infracional (COLOMBAROLLI et al, 2014).

A desigualdade econômica e social brasileira dificulta o pleno crescimento e desenvolvimento de milhões de adolescentes, que se veem aprisionados a comunidades expropriadas, moradia inadequada, restrições severas ao consumo de bens e serviços, estigmas e preconceitos, falta de qualidade no ensino, relações familiares e interpessoais fragilizadas e violência em todas as esferas de convivência. A violência é uma realidade no Brasil. É exposto, diariamente, delitos praticados, muitos deles por adolescentes, tendo como fonte da crescente propagação da criminalidade, fazendo com que os cidadãos se sintam cada vez mais inseguros. Determinada questão tem sido objeto de vastos debates entre políticos, juristas, sociólogos e formadores de opinião, que promovem discussões, sobretudo,

referentes ao cumprimento de medidas socioeducativas e redução da maioridade penal.

A sociedade é exposta a violência de forma constante e não existem avanços nas soluções. De modo geral, a violência envolvendo crianças e adolescentes esgota-se como um caso de polícia. [...] a maioria dos jornais apresenta o fato violento com crianças e adolescentes restrito à descrição do delito, desfocado da conflitualidade que o engendrou. Raramente é cobrada a presença do Poder Público e denunciada a ausência de políticas públicas. (SALES, 2007, p. 226).

Moura (2016) assevera que é recorrente nos discursos que defendem a redução da maioridade penal o argumento de que o adolescente de dezesseis anos já possui maturidade, considerando o desenvolvimento intelectual e o acesso médio à informação, é evidente que qualquer jovem atualmente, é capaz de compreender a natureza ilícita de determinados atos. Também é comumente afirmado o direito de voto garantido pela Constituição Federal de 1988, mesmo que facultativo e concessão de emancipação aos dezesseis anos, o que confere ao adolescente possibilidades como a de se casar, constituir família, possuir estabelecimento empresarial, entre outras, sem, contudo, torná-lo penalmente responsável.

As alegações contrárias à redução da idade penal enfatizam os problemas da inclusão de adolescentes no sistema prisional, que já possui a sua capacidade e comprometida.

Fonseca (2006) menciona que a diminuição da idade penal causaria o recrutamento de crianças com menor idade por maiores que se valem da lei para a prática de crimes, introduzindo-as no crime ainda mais cedo.

Mirabete (2007, p. 217) aponta que:

A redução da maioridade penal não é a solução para os problemas derivados da criminalidade infantil, visto que o cerne do problema da criminalidade se reluz em decorrência das condições socialmente degradantes e economicamente opressivas que expõe enorme contingente de crianças e adolescentes, em nosso país, à situação de injusta marginalidade social.

Tal autora aponta ainda que:

A redução do limite de idade no direito penal comum representaria um retrocesso na política penal e penitenciário

brasileiro e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O ECA prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados (MIRABETE, 2007, p. 220).

A redução da idade da imputabilidade penal não necessariamente significaria um retrocesso, pois, uma redução acompanhada de efetivas políticas públicas socioeducativas e de ressocialização, trariam baixas na criminalidade juvenil; no qual, podendo também ser combatida em sua origem, na miséria e na educação de má qualidade. Não obstante seria uma maneira muito simplista de enxergar a realidade pensar que o problema da violência entre os jovens se resolverá com uma emenda constitucional que reduza a maioria penal (MOURA, 2016).

O autor defende que o que se deve haver é aperfeiçoamento na aplicação das medidas socioeducativas, ou seja, melhoria nas instituições de internação dos adolescentes, qualificar os profissionais para que possam orientar de maneira adequada os menores, capacitando-os e educando-os, para que se regenerem e votem a viver em harmonia com a sociedade (MOURA, 2016).

Nas palavras de Coimbra e Nascimento (2005, p. 351):

O estatuto da Criança e do Adolescente, que nasce no Brasil no bojo dos novos movimentos sociais, afirma a criança e o jovem de qualquer segmento social como sujeitos de direitos, preconizando a lógica da "proteção integral", retirando o princípio da "situação irregular", desfazendo a separação entre "menor" e criança e recusando a prática da internação como primeiro e principal recurso das medidas chamadas de assistência à infância e à adolescência.

O ECA, no seu Artigo 3º, afirma:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Justiça juvenil: teoria e prática no sistema socioeducativo.

Para a ONU BR (2015), a redução da maioria penal vai em sentido contrário à normativa internacional e às medidas necessárias para o fortalecimento das trajetórias de adolescentes e jovens, representando um retrocesso aos direitos humanos, à justiça social e ao desenvolvimento socioeconômico do país. Destaca ainda, que se as infrações cometidas por adolescentes e jovens forem tratadas exclusivamente como uma questão de segurança pública e não como um indicador de restrição de acesso a direitos fundamentais, o problema da violência no Brasil poderá ser agravado, com graves consequências no presente e futuro.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O adolescente deve ser alvo de um conjunto de ações socioeducativas que contribua na sua formação, de modo que venha a ser um cidadão autônomo e solidário, capaz de se relacionar melhor consigo mesmo, com os outros e com tudo que integra a sua circunstância e sem reincidir na prática de atos infracionais. Ele deve desenvolver a capacidade de tomar decisões fundamentadas, com critérios para avaliar situações relacionadas ao interesse próprio e ao bem-comum, aprendendo com a experiência acumulada individual e social, potencializando sua competência pessoal, relacional, cognitiva e produtiva. (CONANDA, 2006, p. 46).

Especificamente no que diz respeito à maioria penal, Soares (2007) afirma que a maior parte do debate é baseada em pontos que não refletem a realidade destes adolescentes junto a sociedade, bem como o impacto que trazem os atos infracionais praticado. Na ausência de dados, o que sobra para informar a elaboração de políticas públicas como elementos como ideologia e emoções. O efeito disso é que a produção das políticas públicas acaba sendo guiada por critérios não técnicos, violando a tendência contemporânea de política baseada em evidências. Ou seja, a necessidade de seguir estudos científicos robustos no processo de elaboração e implementação das ações governamentais (Stol, 2009; Solesbury, 2001).

É possível concluir que as propostas de emenda constitucional que objetivam estabelecer a redução da maioria penal de 18 para 16 anos, não fere acordos de direitos humanos e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, porém se não puderem ser acompanhado de eficiência nas medidas socioeducativas e de ressocialização, de fato, não poderia ser visto como solução para a diminuição da violência. Nas discussões, prevalece a proposição de ineficácia social da redução da maioria penal no Brasil sob a hipótese de que aprisionar adolescentes implica torná-los mais vulneráveis às estratégias do crime organizado. Não obstante, o acompanhamento e políticas de ressocialização efetivas podem trazer o fim desta problemática.

Em consonância com os marcos de direitos humanos, adolescentes que tenham infringido a lei penal devem ser responsabilizados por seus atos no âmbito de um sistema especializado de justiça, mas, ao mesmo tempo, é essencial que se continue investindo e aprimorando na implementação dos programas de atendimento socioeducativos para adolescentes em conflito com a lei, oferecendo um tratamento que promova sua reintegração, cidadania e um desenvolvimento social inclusivo que os afaste, de fato, da criminalidade.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Cunha Junior, Dirley Da & Novelino, Marcelo. (2013). **Constituição Federal para Concursos**. 4. ed. Salvador: Juspodivm.

Coimbra, C.; Nascimento, L. (2005). **Ser jovem, ser pobre é ser perigoso?** Imagens sobre a juventude. *Revista de Estudos sobre Juventude*, 9(22), 338-355.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 25. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

Brasil. (1990). **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8. 069, de 13 de julho de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1990.

CAPEZ, F. (2007). **A questão da diminuição da maioridade penal**. In: SaraivaJur, março. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo>>.

CÉLICO, D. L. **A maioridade penal e suas implicações**. Revista Jus Vigilantibus, mar.2005. Disponível em:<<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo>>.

ADORNO, Theodor. **Mínima Moral**. São Paulo: Ática, 1993.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências**. Brasília, 1990.

COLOMBAROLLI, Maíra Stivaleti.; SOUZA E SILVA, Kathlen de.; BECKER, Maria Alice d'Ávila.; KATSURAYAMA, Marilise. **Proposta de redução da idade penal: visão dos profissionais da psicologia**. *Psicol. Argum.*, Curitiba, v. 32, n. 77, p. 19-26, abr./jun. 2014.

COSTA, Larissa Spautz da.; CARVALHO, Maria Cristina Neiva.; WENTZELA, Tiago Rafael. Intervenção psicológica focal em adolescentes autores de ato infracional. **Ciências & Cognição**, pág. 130-146, 2009.

COSTA, Margareth Maria Souza Oliveira. **Educação e adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa em meio aberto: desafios e contradições**. 2015. Disponível em [http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15862/1/2015\\_MargarethMariaCosta\\_tcc.pdf](http://bdm.unb.br/bitstream/10483/15862/1/2015_MargarethMariaCosta_tcc.pdf). Acesso em 25/01/2019.

FONSECA, Mayara Yamada Dias. **A Questão da Maioridade Penal**. Monografia de conclusão de curso não publicada, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente. 2006.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IANNI, Octávio. A violência na sociedade contemporânea. **Estudos de Sociologia**. Vol 12, pág. 7-28, 2002.

Ministério do Desenvolvimento Social – MDS. **Pesquisa de Medida Socioeducativa em Meio Aberto. 2018**. Disponível em <http://blog.mds.gov.br/redesuas/pesquisa-mse/>. Acesso em 25/01/2019.

MOURA, Helberte de Sena. **Análise da Proposta de Redução da Maioridade Penal**. 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU BR). **Adolescência, juventude e redução da maioridade penal**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/06/Position-paper-Maioridade-penal-1.pdf>. Acesso em 28/01/2019.

NASCIMENTO, Cláudio Leles do.; CARDOSO, Filipe Fagundes.; MELLO, Joanna de Angelis Andrade Lopes.; PEREIRA, Washington César. Redução da Maioridade Penal: aspectos gerais e controversos. **Rev Med Minas Gerais** 2016; 26 (Supl 8): S388-S393.

SALES, Mione Apolinario,. **(In)visibilidade Perversa: adolescentes infratores como metáfora da violência**. São Paulo: Cortez. 2007.

## **LEI 13.786/18: UMA ANÁLISE DOS IMPACTOS DA NORMA QUANTO A RESOLUÇÃO CONTRATUAL NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS EM PARCELAMENTO DE SOLO URBANO.**

**FERNANDO COELHO DA COSTA:**

Estudante, acadêmico do Curso de Direito do 10º Período.

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE[1]

(orientador)

**Resumo:** A realidade social está em uma constante mudança, e com isso se faz necessária uma permanente atualização do ordenamento jurídico, dito isto se verifica que a Lei 6.766/79, que rege sobre o parcelamento de solo urbano era omissa ao abordar sobre as consequências do rompimento do contrato na aquisição de imóveis, deixando assim uma interpretação branda para a jurisprudência sobre a temática, ocasionando uma disparidade entre os julgados, motivando assim a criação da Lei 13.786/2018. O presente trabalho visa analisar sob uma ótica objetiva a deficiência da Lei 6.766/79 quanto as extinções dos contratos e o reflexo das alterações trazidas pela Lei 13.786/2018 que versam sobre a matéria, para tanto se vê necessário compreender a motivação social que ocasionou tais alterações e os resultados alcançados pelas mesmas. O estudo será elaborado mediante pesquisa bibliográfica, fazendo uma análise qualitativa da legislação, dos pensamentos doutrinários em confronto com as discussões atuais sobre a temática. Os resultados esperados com o trabalho compreendem-se em informar as alterações feitas pela Lei 13.786/2018 quanto a resolução de contratos de aquisição de imóvel em parcelamento de solo urbano, e identificar os impactos positivos e negativos posteriores a sua criação.

Palavras-chave: Alterações. Rompimento. Contrato. Imóveis.

**Abstract:** The social reality is in a constant change, and with that it is necessary to permanently update the legal system, that said, it appears that Law 6.766 / 79, which governs the division of urban land, was silent when addressing the consequences of the disruption of the contract in the acquisition of real estate, thus leaving a mild interpretation for the jurisprudence on the subject, causing a disparity among those judged, thus motivating the creation of Law 13.786 / 2018. The present work aims to analyze from an objective point of view the deficiency of Law 6.766 / 79 as to the extinction of contracts and the reflection of the changes brought by Law 13.786 / 2018 that deal with the matter, so it is necessary to understand the social motivation that caused such changes and the results achieved by them. The study will be

elaborated through bibliographic research, making a qualitative analysis of the legislation, of the doctrinal thoughts in confrontation with the current discussions on the theme. The expected results of the work include informing the changes made by Law 13.786 / 2018 regarding the resolution of contracts for the acquisition of property in installments of urban land, and identifying the positive and negative impacts after its creation.

Keywords: Changes. Disruption. Contract. Properties.

**Sumário:** Introdução. 1. Impactos da Lei 13.786/2018 (4.591/1964 – Incorporação Imobiliária). 2. Impactos da Lei 13.786/2018 (6.766/1979 – Parcelamento do Solo Urbano). 2.1. Da Inclusão do Quadro-Resumo e o Direito do Arrependimento 2.2. Da Resolução Contratual e a Restituição de Valores. 3. Aplicação da Lei 13.786/2018 aos Contratos Firmados Anteriores a sua Entrada em Vigor. 3.1. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Conclusão. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

A Lei 13.786/2018 sancionada em 27 de dezembro de 2018 altera as leis 4.591/1964 (Incorporação Imobiliária) e 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano). Tais modificações tem como intuito principal complementar a legislação sobre as consequências do rompimento dos contratos que versam sobre a aquisição de imóveis.

A criação da Lei Ordinária 13.786/2018 adveio da transformação do Projeto de Lei 1220/2015 apresentado pelo Deputado Celso Russomanno, que justificou a criação da referida norma com base na crescente desistência da compra de imóveis, ou seja, no grande número de rupturas de contratos referentes a aquisição de imóveis, que, com a falta de previsão legal acerca do rompimento desses contratos ocasionou a abertura de abundantes demandas perante o judiciário, fazendo-se necessária a criação de nova Lei para alterar a legislação vigente, regulamentando essa temática. (BRASIL, PL, 2015).

Quanto as complementações na Lei 6.766/1979 trazidas pela Lei 13.786/2018, temos a imposição de criação de um quadro-resumo, que deverá constar diversas informações referentes ao contrato, tais como o preço total a ser pago pelo imóvel, a indicação clara dos valores e vencimentos da parcela, além da estipulação em destaque dos valores que podem ser retidos pelo loteador e o que deverá ser restituído ao adquirente em caso de desfazimento do contrato, tendo como o intuito principal informar com transparência as condições do negócio que será realizado entre as partes, garantindo maior segurança jurídica aos contratos realizados posteriores as alterações.



Com isso, o presente projeto se delimita em analisar os impactos trazidos pela Lei 13.786/2018 relacionados à extinção do contrato de compra e venda sob a égide da Lei de parcelamento de solo urbano (artigos 26-A, 32-A e 35), apontando os principais pontos positivos e negativos nas relações contratuais advindas da alteração legislativa.

## **1.IMPACTOS DA LEI 13.786/2018 (4.591/1964 - INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA)**

Os impactos expressivos trazidos Lei do Distrato são inúmeros e os mais sentidos são em relação ao texto da Lei de Incorporações Imobiliárias (4.591/1964), dentre elas:

- (i) Obrigatoriedade de o contrato conter quadro-resumo;
- (ii) Permissão (agora legal) do que se intitula “cláusula de tolerância”, ou seja, autorização de dilação do prazo de entrega do imóvel por até cento e oitenta dias corridos da data estipulada no contrato;

Vale ressaltar que o entendimento de que dispositivo apenas trata da extinção do contrato de promessa de compra e venda sob os aspectos da Lei de Incorporação Imobiliária (artigos 43-A e 67-A), uma vez que tal fundamento era obscuro e gerava enorme passivo judicial. E por conta disso, tal legislação foi denominada de Lei do Distrato.

Inicialmente, é preciso lembrar que no Direito Civil brasileiro, os contratos são instrumentos vinculantes de direitos e deveres as suas partes, logo, aqueles que possuem capacidades de negociar, firmar pacto e assumir responsabilidades. Por sua vez, estes termos jurídicos oferecem as garantias necessárias para resguardar os direitos dos pactuantes.

Importante citar que, desde o ano de 2001, quando a Medida Provisória 2.221/2001 foi convertida na Lei 10.931/2004, que alterou o art. 32, § 2º da Lei 4.591/64, se determinou a irrevogabilidade de tal instrumento.

Assim, é possível concluir que desde deste ano até a aprovação da Lei 13.786/2018, que uma vez, assinado contrato de promessa de compra e venda de unidade alienada sob o regime da incorporação imobiliária, não poderia, mais por livre arbítrio, de maneira unilateral e imotivada, se arrepender do negócio, pleiteando o encerramento da relação contratual, mediante alguma das formas permitidas pela rescisão unilateral.

A irretratabilidade da tal instrumento jurídico justifica-se uma vez que a incorporação imobiliária somente pode prosperar, evidentemente, caso a coletividade dos adquirentes cumpra suas obrigações, através principalmente do dispêndio de valores. A partir do momento em que uma parte dos adquirentes resolve pura e simplesmente encerrar o negócio ora pactuado e formalizado de

maneira contratual, o sucesso da incorporação imobiliária começa a apresentar a riscos.

De toda sorte, sabe-se que o Código Civil dispõe sobre a extinção dos contratos de qualquer natureza, de maneira geral, permitindo a extinção dos contratos por acordo entre as partes (distrato – art. 472) ou, ainda, por resolução quando há (i) descumprimento contratual (art. 475) ou (ii) onerosidade excessiva (art. 478).

Entende-se, desta forma, que a redação do art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964, é transparente quando a sua norma e foi utilizada pelos tribunais para permitir a extinção do contrato não apenas nas hipóteses de distrato ou resolução; porém, também, em casos onde havia arrependimento expresso ou qualquer outra hipótese que não justificasse a quebra da relação contratual, se justificando apenas da vontade unilateral do adquirente.

A Súmula nº 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, pode levar a interpretação de que o adquirente tem a possibilidade de extinguir o contrato de forma unilateral e sem qualquer motivação[2]:

Súmula 1. O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Dados estatísticos demonstram, por exemplo, que, em 2016, mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais no período[3].

Diante disso, imediatamente o mercado imobiliário se posicionou favorável a mudança da legislação, solicitando que a jurisprudência brasileira fosse modificada, permitindo que o comprador pudesse encerrar unilateralmente o contrato e sem apresentar qualquer motivo aparente, ou seja, como se fosse admitida a rescisão unilateral para extinção do contrato de promessa de venda regulado pela Lei 4.591/1964, dando origem a promulgação da Lei 13.786/2018.

## **2.IMPACTOS DA LEI 13.786/2018 (6.766/1979 - PARCELAMENTO DO SOLO URBANO)**

No dia 19 de dezembro de 2019 se comemorou quarenta anos da Lei Lehmann (Lei 6.766/79), que tinha como objetivo principal o uso e organização do ordenamento do solo urbano. Inicialmente, é necessário destacar que esta lei consistiu em um importante marco para o setor de construção civil nos seus primórdios e áureos tempos iniciais. Sua legislação urbanística do Brasil é ainda hoje uma das mais importantes normas deste mercado, tendo ao longo dos anos sofrido

modificações através das Leis 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), 9.514/1997 (Lei da Alienação Fiduciária), 9.785/1999, 10.406/2002 (Código Civil), 10.932/2004, 11.445/2007, 12.424/2011, 12.608/2012, 13.465/2017, 13.786/2018, e 13.313/2019.

Loteamento é a subdivisão de gleba (terra) em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

Parcelamento do solo urbano é a divisão da terra em unidades juridicamente independentes, com vistas à edificação, podendo ser realizado na forma de loteamento, desmembramento e fracionamento, sempre mediante aprovação municipal. (BRASIL, 1979)

Lei Nº 6.766-79 - Parcelamento do solo urbano no registro imobiliário. O parcelamento do solo urbano tem por finalidade precípua ordenar o espaço urbano destinado a habitação. Para tanto, mister se faz sua divisão ou redivisão, dentro dos ditames legais

É preciso ainda se fazer entendimento que a finalidade urbana do imóvel é exatamente a abrangência da aplicação da Lei 6766/79, na forma do art. 1. E nesse contexto, precisamos destacar que as quatro funções primordiais do solo urbano são: moradia, circulação, lazer e trabalho. O Poder Público ordena sua ocupação de maneira a preservar os interesses da população.

A Lei de Parcelamento de Solo de nº Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, é federal e trouxe a ordem urbanística atendendo a um desejo social da época, que exigia o controle direto do Poder Público, através do Estatuto da Cidade e pela Constituição Federal de 1988, atrelado, por força do disposto no artigo 30, incisos I, II e VIII da Constituição Federal.

## 2.1. DA INCLUSÃO DO QUADRO-RESUMO E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Em relação aos impactos trazidos pela Lei Federal nº 13.786 de 27 de dezembro de 2018, é importante ressaltar primeiramente a inclusão do artigo 26-A, o qual dispõe sobre o quadro-resumo obrigatório nos contratos de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento, tendo como intuito principal apresentar de forma mais detalhada no que se refere aos valores e prazos pertinentes ao negócio jurídico firmado, conforme se verifica a seguir:

I - o preço total a ser pago pelo imóvel;

II - o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a identificação precisa de seu beneficiário;

III - a forma de pagamento do preço, com indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas;

IV - os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato e, quando houver pluralidade de índices, o período de aplicação de cada um;

V - as consequências do desfazimento do contrato, seja mediante distrato, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do loteador, com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente;

VI - as taxas de juros eventualmente aplicadas, se mensais ou anuais, se nominais ou efetivas, o seu período de incidência e o sistema de amortização;

VII - as informações acerca da possibilidade do exercício, por parte do adquirente do imóvel, do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do loteador ou do estabelecimento comercial;

VIII - o prazo para quitação das obrigações pelo adquirente após a obtenção do termo de vistoria de obras;

IX - informações acerca dos ônus que recaiam sobre o imóvel;

X - o número do registro do loteamento ou do desmembramento, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório de registro de imóveis competente;

XI - o termo final para a execução do projeto referido no § 1º do art. 12 desta Lei e a data do protocolo do pedido de emissão do termo de vistoria de obras.

Com base nos incisos apresentados, bem como em comparação a legislação anterior à alteração trazida, tem-se que, inicialmente as estipulações do contrato eram mais voltadas para as condições mínimas exigidas para a criação e comercialização dos loteamentos, tratando de forma genérica quantos aos valores e prazos impostos na negociação, problema esse que foi corrigido a partir da inclusão dos incisos acima apresentados, dando mais clareza ao comprador a cerca dos ônus que lhe recaem no momento da realização do negócio jurídico.

Ademais, o artigo 26-A em seu inciso VII, destaca sobre a prescrição do ato obrigatório do loteador de informar ao comprador a possibilidade do exercício do direito de arrependimento, previsto no art. 49 da Lei Federal nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 ( Código de Defesa do Consumidor), nas relações contratuais de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento firmados em estandes de venda, e fora da sede do loteador ou do estabelecimento comercial, sob sanção de aplicação de rescisão do contrato em justa causa pelo comprador, caso não conste em documento contratual tal informação e tal ausência não seja sanada no prazo de trinta dias, conforme disposto no § 1º do referido artigo.

Porém a nova redação, ao contrário do que é previsto nas alterações produzidas na Lei 4.591/1964, não incluiu na Lei 6.766/1979 a possibilidade de o adquirente receber todos os valores antecipados (inclusive referente a comissão de corretagem), nem a forma de exercício do direito de arrependimento, bem como a irretratabilidade do contrato no caso de não exercício do direito de arrependimento no prazo de sete dias.[4]

A Lei Federal nº 13.786 de 27 de dezembro de 2018, no entanto, dispôs prazo comum de 7 (sete) dias previsto no Código de Defesa do Consumidor, no que entende-se que, o legislador poderia ter concedido prazo maior para os adquirentes exercerem o direito de arrependimento. Principalmente, considerando-se a complexidade do negócio que envolve bens imóveis, cuja aquisição é feita, na maioria das vezes, através de financiamento imobiliário, o que é notório o desequilíbrio de tais prazos.

Vários fatores dificultam uma análise certa das condições contratuais nos termos de aquisição de imóveis, no prazo legal exposto e, diante disso, quase que excluem o direito de arrependimento do comprador. Isso porque, no momento de realizar um negócio desta natureza, principalmente quando o fim for de moradia própria e da família, muitas vezes, a pessoa é influenciada por circunstâncias que podem levá-las a incidir em erro. Como por exemplo a influência de fator emocional, financeiro e até intelectual na celebração de contratos que envolvem bens imóveis.

## 2.2 DA RESOLUÇÃO CONTRATUAL E A RESTITUIÇÃO DE VALORES

No que tange a resolução contratual, decorrente de fato imputado ao adquirente, é mister destacar a previsão legal trazida pelo artigo 32-A, o qual dispõe em seus incisos, acerca dos valores que podem ser retidos pelo vendedor sobre o montante pago pelo comprador, são eles:

- **Quanto à fruição do imóvel:** limitando-se a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) do valor corrigido do contrato, iniciando-se a contagem do

prazo com a posse do imóvel pelo comprador e finalizado com a sua restituição ao loteador.

- **Quanto a Cláusula Penal ou despesas administrativas, inclusive arras ou sinal:** restringindo-se a um desconto de até 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato devidamente atualizado.

- **Quanto aos Encargos Moratórios:** deverão ser retidos os valores referentes aos encargos existentes sobre as parcelas pagas pelo adquirente após o vencimento.

- **Quanto aos impostos:** é permitida a retenção de valores referentes aos débitos de impostos vinculados ao lote, além das despesas pertinentes à transferência do imóvel ao loteador.

- **Quanto à comissão de corretagem:** é devida na hipótese em que o valor referente à comissão tenha sido integralizado ao preço do imóvel.

Posteriormente, é disposto o prazo de pagamento da restituição, que deverá ocorrer em até doze parcelas, que deverão ser pagas pelo loteador ao comprador, em decorrência da extinção do contrato. A duas hipóteses a serem consideradas, primeiramente quando o loteamento encontra-se em fase de execução de obras, nesse caso a carência para o início do pagamento se dá até 180 dias após a data prevista no contrato para a conclusão das obras, em contrapartida, quando se tratar de loteamento com obras finalizadas, o prazo de carência se conta da oficialização da rescisão contratual, podendo se estender até o período de doze meses.

Depois de efetivada a rescisão contratual, para que seja possível a realização de um novo registro de compra e venda sobre o imóvel, é imprescindível que o vendedor demonstre ter iniciado o pagamento de restituição ao titular do registro cancelado, conforme pactuado entre as partes. Essa exigência será dispensada caso o adquirente não seja encontrado ou não tenha se manifestado acerca da rescisão.

Ainda, é preciso citar através do entendimento do presente estudo que o dispositivo da lei obriga o loteador a indenizar o comprador pelas benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, em caso de rescisão do contrato por inadimplemento do comprador, desde que em conformidade com o contrato ou com a lei. Caso não ocorra o pagamento da indenização no prazo de 60 (sessenta) dias, o loteador ficará obrigado a alienar o imóvel por meio de leilão judicial ou extrajudicial a fim de quitar sua obrigação.

É necessário inicialmente entender que a previsão de lei atual é que após a extinção do registro do imóvel em nome do adquirente, em razão de inadimplência, caso o comprador tenha efetuado o pagamento de mais de 1/3 (um terço) do valor estipulado no contrato, somente poderá ocorrer um novo registro, se o vendedor comprovar a quitação da parcela única ou o pagamento da primeira referente a quantia a ser restituída ao titular do registro cancelado, ademais, se faz necessária a apresentação do distrato assinado pelas partes. Todavia, a obrigatoriedade em se apresentar comprovação de pagamento será dispensada quando convencionado pelas partes e disposto expressamente no documento de distrato.

### **3. APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.786/2018 AOS CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORES A SUA ENTRADA EM VIGOR**

#### **3.1. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)**

Em 2019, diante de 1.766 processos suspensos, aguardando decisão, o TJTO pacificou as teses de compras e venda de lotes urbanos julgou com base na Lei 13.786/2018, julgando o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), proposto pelo Laguna Empreendimentos Imobiliários Ltda. em razão de ação movida por Vicente Resende Teles na 1ª Vara Cível da Comarca de Porto Nacional.

Tais teses eram em razão do comprador propor a anulação do negócio, recebendo de volta os valores já pagos, fazendo valer o direito de arrependimento trazido pela Lei 13.786/2018.

O acordo, aprovado por unanimidade e relatado pelo desembargador Ronaldo Eurípedes, foi publicado no dia 21 de fevereiro de 2019:

O IRDR foi admitido pelo Tribunal Pleno, por unanimidade, para serem analisada a tese acerca do seguinte tema: Compra e Venda de Lote Urbano. Rescisão Contratual pelo adquirente. Aplicabilidade do CDC. Percentual a ser devolvido ao adquirente. Incidência e termo a quo de correção monetária e juros de mora. Aplicabilidade de multa prevista no Contrato e sua base de cálculo. Abatimento das despesas custeadas pelo empreendimento responsável pelo Loteamento Urbano. Possibilidade de desconto dos tributos incidentes sobre o imóvel. Possibilidade de retenção do valor referente ao "sinal do negócio".

E a decisão trouxe oito teses. Que são[9]:

Tese 1: Os contratos de compromisso de compra e venda de lotes urbanos configuram-se como contratos de adesão.

Tese 2: As teses firmadas estão direcionadas aos casos em que o comprador deu causa ao desfazimento do negócio.

Tese 3: Tratando-se de relação de consumo, devem ser aplicadas as regras do Código de Defesa do Consumidor.

Tese 4: Os valores a serem retidos pela empresa administradora devem respeitar o disposto no Artigo 32-A, incisos I a V, da Lei 6.766/79, com redação dada pela Lei 13.786/2018.

Tese 5: Incidirá correção monetária desde a data do desembolso de cada parcela pelo comprador, aplicando-se o índice INPC. Os juros de mora incidirão desde o trânsito em julgado da ação.

Tese 6: É devido o desconto do valor referente ao IPTU incidente sobre o imóvel, nos termos do Artigo 32-A, inciso IV, da Lei 6.766/79, redação dada pela Lei 13.786/18.

Tese 7: A restituição dos valores pagos ao comprador deverá ocorrer nos moldes no §1º e seguintes do Artigo 32-A, da Lei 6.766/18 (redação dada pela Lei 13.786/18) no prazo de até 12 meses, respeitadas as carências legais.

Tese 8: A indenização por fruição deverá obedecer a regra estabelecida junto ao inciso I, do Artigo 32-A, da Lei 6.766/18 (redação dada pela Lei nº 13.786/18).

Apesar do supra citado acórdão estar circunscrito ao estado do Tocantins, certamente terá repercussão positiva nos Tribunais do Brasil, já que foi o primeiro IRDR a tratar da rescisão em loteamento, e, ao levar em consideração a nova Lei 13.786/18, ainda contribuirá para a uniformidade das decisões judiciais e precedentes, atendendo os princípios da segurança jurídica, reforçando o direito de arrependimento, assim como da proteção da confiança e da isonomia no mercado imobiliário.

## **CONCLUSÃO**

Não se pode negar e há de se admitir que a iniciativa da Lei 13.786/2018, se mostrou como sendo uma grande evolução para o Direito Urbanístico/Imobiliário, trazendo uma maior transparência no tocante a realização dos negócios jurídicos de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento, apresentando novos paradigmas sobre os quais deverão ser firmados os contratos a partir da publicação da referida lei.

A partir da análise da lei 6766/1997 verifica-se que a preocupação principal existente no momento de sua criação era regimentar sobre os requisitos para a abertura de um loteamento, a forma de realizar seu registro, estabelecendo assim as condições mínimas para a criação e comercialização dos loteamentos, não especificando tão profundamente em relação à estipulação dos valores no momento da negociação, conferindo muita liberdade às imobiliárias para regerem seus contratos, os quais, na maioria das vezes não detinham todas as informações necessárias ao comprador.



Assim, um dos pontos de maior relevância trazidos pela Lei 13.786/2018, diz respeito à obrigatoriedade em se apresentar um quadro-resumo em todos os contratos de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento, contendo informações antes não especificadas com tanta veemência, desde o valor total do imóvel a ser adquirido, como também a forma de pagamento, mediante indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas, devendo conter também a taxa de juros a ser aplicada e até mesmo as consequências do desfazimento do contrato, dentre outras.

Diante do exposto, é incontroverso que a Lei 13.786/2018 conseguiu preencher a lacuna existente na Lei 6766/1997, trazendo maiores informações nos contratos que serão firmados, demonstrando ao comprador exatamente o que está sendo acordado e as consequências de um possível desfazimento da relação contratual, trazendo maior segurança jurídica as partes, bem como evitando a disparidade em relação as resoluções jurisprudenciais.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Eliseu; SOUZA, Geraldo da Silva e; MARRA, Renner. Êxodo e sua contribuição à urbanização de 1950 a 2010. Disponível em: <<https://www.alice.cnptia.embrapa.br/alice/bitstream/doc/910778/1/Exodoesuacontribuicao.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1220/2015. Regulamenta a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>>. Acesso em 15 nov. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1687/1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e da outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=195041>>. Acesso em 15/11/2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1687/1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, e da outras providências. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1179921](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1179921)>. Acesso em 15 nov. 2020.

CARVALHO, Angelo. Êxodo Rural. 19 out. 2018. Disponível em: <<https://querobolsa.com.br/enem/geografia/exodo-rural>>. Acesso em 15 nov. 2020.

FARIAS, Talden. Os 40 anos da Lei de Parcelamento do Solo. Ambiente Jurídico. 21 dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-21/ambiente-juridico-40-anos-lei-parcelamento-solo> >. Acesso em 15 nov. 2020.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/home/pmc/brasil>>. Acesso em 15 nov. 2020.

PENA, Rodolfo F. Alves. Êxodo Rural no Brasil. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/Exodo-rural-no-brasil.htm>>. Acesso em 15 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. A Recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): O Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária ou de Loteamento (Parte 1). 10 jan. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>>. Acesso em 15 nov. 2020.

VALIÑAS, Ana. Do arrependimento na aquisição de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em loteamento urbano. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/83039/do-direito-de-arrependimento-na-aquisicao-de-unidade-imobiliaria-em-incorporacao-imobiliaria-e-em-loteamento-urbano>>. Acesso em 15 nov. 2020

YANNACOPOULOS, Tatiana Kazan Ferreira e MAGALHÃES, Suzana Lene. Os requisitos formais para a elaboração de contratos de compromisso de compra e venda nas incorporações e nos loteamentos e suas consequências depois da Lei 13.786/2018. Disponível em: <<http://www.epd.edu.br/sites/default/files/2020-02/Anais%20-%20II%20Congresso%20de%20D.%20Imob%200.pdf>>. Acesso em 15 nov. 2020

NOTAS:

[1] Prof. Me. No curso de Direito na Universidade UNIRG, Gurupi/TO.

[2] <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>

[3] <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039> – Acesso 15/11/2020

[4] <https://jus.com.br/artigos/83039/do-direito-de-arrependimento-na-aquisicao-de-unidade-imobiliaria-em-incorporacao-imobiliaria-e-em-loteamento-urbano> - Acesso em 15/11/2020.

[5] DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 191.

[6] MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1946

[7] Esse entendimento também parece ser o adotado nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 493, cujo relator foi o Min. Moreira Alves (julgada em 25 de junho de 1992) e, mais recentemente, no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 393.021-4, cujo relator foi o Min. Celso de Mello (julgado em 25 de novembro de 2003).

[8] DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 19

[9] INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA N.º 0009560-46.2017.827.0000

## **PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: O PROCEDIMENTO NÃO CONTENCIOSO NO ITCD DO ESTADO DO TOCANTINS**

**MATHEUS XIMENES DE SOUSA:** acadêmico do 10º período do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UNIRG

**WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS**

**(orientador)**

**RESUMO:** O Estado do Tocantins utiliza rotineiramente, o procedimento contencioso em seus processos administrativo tributários para a cobranças dos tributos de sua competência, quais sejam: Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), Imposto de Circulação de mercadorias e serviços (ICMS) e o Imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCD). Todos os processos que envolviam os impostos supracitados eram feitos em regime de autuação, com lavratura de Autos de Infração, o que gerava litígio entre o Fisco e o contribuinte, e resultava em uma situação estressante e vagarosa. Em 2015 e 2016, as legislações que regem o regime tributário no âmbito estadual (Leis nº 1.287/01 e 1.288/01) foram atualizadas e o ITCD foi contemplado com uma nova modalidade processual, o procedimento não-contencioso. Assim o presente trabalho tem como objetivo analisar o procedimento contencioso e em especial o não-contencioso no ITCD do estado do Tocantins, suas principais características e benefícios do procedimento. A pesquisa foi elaborada com uso de material bibliográfico, coletados em livrarias e sites jurídicos, através da técnica qualitativa de análise de conteúdo e exposição de resultados com transcrição de trechos e sem a prévia aprovação do Comitê de ética por não realizar abordagem junto a outros seres humanos.

**Palavras-chave:** Processo administrativo. Tributário. Não-contencioso. ITCD. Estado do Tocantins.

**ABSTRACT:** The state of Tocantins routinely uses the litigation procedure in its tax administrative procedures that deal with collection of taxes that are of its competence, which are Tax Over Property of Motor Vehicles (IPVA), Tax Over the Circulation of Goods and Services (ICMS) and the Tax on Causa Mortis Transmission and as Donation (ITDC). All the procedures that involve the aforementioned taxes used to be made via the assessment regimen, with the engrossment of infraction notices, which would generate litigation between the public revenue and the taxpayer, which would result in a stressful and sluggish situation. In the years of 2015 and 2016, the laws that regulate the tax regimen on the state level (Laws nº 1.287/01 e 1.288/01) were updated and the ITDC was contemplated with a new procedure

option, the non-litigation procedure. Therefore, the objective of this work is to analyze the litigation procedure and specially the non-litigation procedure of the ITDC in the state of Tocantins, its main characteristics and benefits. The research was developed by the use of bibliographic material, acquired in libraries and legal sites, through the qualitative technique for contented analysis and result exposure with the transcription of excerpts without prior authorization of the Ethics Committee due to the fact that it doesn't utilize this type of approach along other human beings.

**Keywords:** Administrative process. Tributary. Non-litigation. ITCD. State of Tocantins.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a nova modalidade de procedimento não contencioso para cobrança do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação - ITCD, se tornando, assim, uma importante forma para apuração dos valores a serem recebidos pelo Estado, possuindo características únicas em relação ao demais tributos estaduais o âmbito tributário, tornando o ITCD uma nova maneira de aproximar contribuinte e Fisco.

Veremos que a tributação no Estado do Tocantins obedece aos padrões federais estipulados em lei pelo Código Tributário Nacional, que regulamenta as competências tributárias dos Impostos sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e Impostos sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD).

De modo coeso, a Secretaria de Fazenda mantém seu trabalho efetivo com base legal no norte processual tributário do Estado, o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.287/01) e o Processo Administrativo Tributário (Lei nº 1.288/01). Tais legislações possuem enfoque na materialidade e processualidade dos tributos, respectivamente, e abordam todos os impostos supracitados.

Em 2015 e 2016, as legislações que regem o regime tributário no âmbito estadual (Leis nº 1.287/01 e 1.288/01) foram atualizadas e o ITCD foi contemplado com a já citada nova modalidade processual, o procedimento não-contencioso. Com essa alteração, os processos partem do auto lançamento do contribuinte, um ato volitivo de participação do cidadão, declarando o fato gerador, valores se possível, entre outras informações necessárias, para análise pela Secretaria de Fazenda, que após conclusão dá ao contribuinte prazo de vinte dias para adimplir a obrigação tributária ou contestá-la também no prazo de vinte dias, e caso não haja verificação do pagamento do tributo, o nome do contribuinte será levado à Dívida Ativa.

Com a alteração legislativa recente, e por se tratar de um trabalho restrito ao âmbito estadual, a área de pesquisa de direito material e procedimental sobre o tema é extremamente limitada, portanto, foram utilizadas doutrinas no referencial teórico até a exposição do contencioso tributário, enquanto o procedimento não-contencioso estudou, analisou fontes primárias do direito, a saber, legislação tributária estadual.

Assim sendo, o procedimento não-contencioso trouxe ao contribuinte a possibilidade de conhecimento e participação do processo administrativo referente aos tributos, além de manter a segurança do devido processo legal e promover maior celeridade processual ao Fisco.

Com a abordagem do processo administrativo tributário, é necessário entender melhor como funciona o andamento processual comum, para depois destacar como o procedimento não-contencioso pode vir a mudar o rumo da tributação a nível estadual.

## **1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**

O processo administrativo-tributário constitui um processo administrativo peculiar, decorrente da aplicação da legislação tributária, caracterizando um *modus operandi* relacionado com a determinação e exigência de créditos tributários e à consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal e estadual. (VIEIRA, 2000).

Para tal desenvolvimento na prática, é necessário que haja um entendimento mútuo entre o âmbito administrativo estatal e o tributário, além da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e princípios próprios da administração pública, que são de suma importância para a constituição e viabilidade do processo.

O primeiro princípio regente que a doutrina destaca, de antemão, é o da legalidade objetiva, que vincula o lançamento de crédito tributário discutido no processo e os atos praticados pela administração aos ditames da lei, com o objetivo de assegurar a aplicação adequada. Este princípio constitucional está elencado no artigo 150, I da Constituição da República de 1988 e é um dos pilares de direito tributário e conseqüentemente do processo tributário.

Diante do liame estabelecido pelo primeiro princípio, a oficialidade vem baseada na atribuição de apreciar a legalidade dos atos praticados por seus agentes e tomar providências ao deslinde da matéria em litígio, podendo até mesmo cancelar exigência tributária infundada.

O princípio da informalidade é de certa forma curioso, pois apesar de escrito, o processo administrativo-fiscal busca ser deveras simplório e informal, o que o distingue do processo judicial. Desta maneira, torna dispensáveis as formalidades e ritos, principalmente para os atos tomados pelo contribuinte, sendo bastante as formalidades necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental.

Distinguindo essencialmente o processo administrativo, segue o princípio da verdade material, que busca essencialmente descobrir se o fato gerador do tributo ocorreu ou se o lançamento deste foi regularmente constituído, diferente do processo judicial, que vigia a verdade formal, através das provas e fatos.

Temos ainda o princípio do contraditório que oferece ao contribuinte a possibilidade de se insurgir contra a cobrança equivocada do Fisco, dando a ele assim, a possibilidade de apresentar provas e documentos que venha a afastar aquela pretensão do Estado. Sobre esse importante princípios é importante a lição do professor e desembargador Alexandre Câmara ao dizer que:

O contraditório seria a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre os mesmos, podendo ser entendido como um binômio: informação mais possibilidade de manifestação. Seja no processo administrativo seja no processo judicial, ninguém pode ser atingido por uma decisão administrativa no seu âmbito de interesses sem ter tido ampla possibilidade de influir eficientemente na sua formação. (CÂMARA, 2006, p. 50.)

Finalmente trazemos à baila o princípio da segurança jurídica que, para muitos, é, ao lado o da legalidade objetiva, o pilar de sustentação do processo tributário. Este princípio sempre estará presente e nosso ornamento e tem como função básica oferecer as partes a segurança de que terão um processo em que Estado (Fisco) e contribuinte possam debates dentro do processo administrativo as questões oriundas da cobrança do tributo, tentando assim diminuir a diferença entre eles em razão de tais cobranças, buscando assim a verdade material sobre o tributo cobrado, evitando-se, assim, injustiças.

Segundo Leandro Paulsen:

O processo administrativo é regido pelo princípio da verdade material, segundo o qual a autoridade julgadora deverá buscar a realidade dos fatos, conforme ocorrida, e para tal, ao formar sua livre convicção na apreciação dos fatos, poderá julgar conveniente a realização de diligência que considere

necessárias à complementação da prova ou ao esclarecimento de dúvida relativa aos fatos trazidos no processo. (PAULSEN, 2012.)

Com esta breve análise dos princípios que regem o processo administrativo tributário, é possível distinguir como este é instituído nos impostos de modo geral, e no nosso Estado, podendo assim chegar ao imposto alvo deste trabalho.

## **2 O CONCEITO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS E DIREITOS**

A competência tributária no Brasil é definida pela Constituição Federal e a regulamentação dos impostos em território nacional ocorre também através do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. No que tange ao conteúdo de tais legislações, ambas determinam funções referentes à União, aos Estados e Municípios para legislar, fiscalizar e arrecadar os impostos que lhes foram delegados, assim como disciplinam a organização de quesitos que constituem os fatos geradores das obrigações tributárias, sua base de cálculo, além de limites para alíquotas, entre outras especificações gerais.

O Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos é um dos impostos instituído e fiscalizado pelo Estado ou pelo Distrito Federal, como dispõe a Carta Magna, no artigo 155, I, §1º. Dispõe a legislação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; § 1º O imposto previsto no inciso I:

I - relativamente a bens imóveis e respectivos direitos, compete ao Estado da situação do bem, ou ao Distrito Federal

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;



IV - terá suas alíquotas máximas fixadas pelo Senado Federal; (BRASIL, 1988).

Destacada a competência, segue análise da doutrina de Eduardo Sabbag, para compreensão do conteúdo abordado pelo ITCD, conceituando assim seu fato gerador:

a transmissão é a passagem jurídica da propriedade ou de bens e direitos de uma pessoa para outra. Ocorre em caráter não oneroso, seja pela ocorrência de morte (transmissão *causa mortis*), ainda ou doação (ato de liberalidade). (SABBAG, 2020, p. 1473).

Tal imposto incide sobre a transmissão de qualquer bem ou direito havido por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória, ou doação, como dispõe o Código Tributário Estadual (Lei nº 1.287/01), *in verbis*:

Art. 53. O Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD incide sobre:

I – a sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória;

II – doação, a qualquer título

qualquer título ou direito representativo do patrimônio ou capital de sociedade e companhia(...) (TOCATINS. 2001).

Com o exemplo da legislação acima, o Direito Tributário se relaciona com outros ramos do direito, no caso o Direito Civil, valendo-se do instituto da sucessão e doação. Mas também se destacam outros ramos do Direito, como expõe a doutrina:

Sendo, portanto, o Direito Tributário um subsistema do Sistema Jurídico Brasileiro (que engloba a totalidade do Direito Pátrio), aquele se inter-relaciona com os demais ramos do direito, quer seja na utilização de conceitos próprios destes ramos (Direito Civil: definição de propriedade, por exemplo), quer seja na obediência aos comandos contidos em ramos que lhe sobrepõe (Direito Constitucional: necessidade da concessão da ampla defesa e do contraditório aos administrados, por exemplo). (PERES e VALENTIN, 2017, p. 30).

Tal interação é tamanha que os doutrinadores, veem todos os ramos do direito corroborando junto ao Direito Tributário, assim atingindo uma unidade sistemática do Direito como um todo. Como expõe a linha doutrinária de Regina Celi Fernandes: "Inexistem, pois, fronteiras entre o direito tributário e outras normas, quer de direito constitucional, administrativo, civil, comercial etc. (...)" (FERNANDES, 2005, p. 29).

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, a legislação é criteriosa, ao tratar no Código Tributário Nacional, em seu artigo 110, que o direito privado não pode ser alterado em seus interiores, visto que tal conexão se limita à utilizar e aderir aos conceitos, e não deturpá-los. *In verbis*:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias (BRASIL, 1966).

Com tal análise do ITCD, é possível compreender a competência do imposto, suas regulamentações e algumas noções materiais de aplicabilidade, além de sua interdisciplinaridade. Adiante, para compreensão da abrangência do processo administrativo neste trabalho, é preciso adentrar na base processual administrativa que o Estado do Tocantins adere, e como os procedimentos funcionam sob a legislação estadual.

### **3 CONCEITO E FUNCIONAMENTO DO PROCEDIMENTO CONTENCIOSO**

Contencioso tem seu significado abordado como indicativo de disputa, litígio, trazendo a ideia de oposição, contestação, como pontuam De Plácido e Silva: "Desse modo, será contencioso todo ato que possa ser objeto de disputa, opondo-se, por isso, ao sentido voluntarioso ou voluntário, em que não há contestação nem disputa (...)." (SILVA, 2002, p. 214).

Adentrando o universo do processual administrativo-tributário, correlaciona-se genericamente que tal termo abranja a controvérsia entre contribuinte e Fisco. Diante do primeiro ponto levantado sobre o conceito de contencioso, é possível entender que há um conflito, advindo de um fato gerador de tributo, que origina a obrigação tributária, que por sua vez, só existe devido à previsão legal estabelecida.

Diante da análise do Estado, é montado um processo investigativo que deve averiguar possibilidade de incidência desta perante o fato e, em caso de não concordância com o dever legal, é efetuado o lançamento do tributo.

Com o lançamento do tributo (acusação fiscal), a constituição de uma lide se forma e dá espaço a todos os princípios citados anteriormente, dentre eles os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, o que faz com que o processo tributário se encaminhe nas instancias, como dispõe Rubens Gomes de Sousa: "O processo do contencioso tributário pode desenvolver-se perante as autoridades administrativas ou perante as autoridades judiciárias, ou ainda perante ambas sucessivamente" (SOUSA, 1975, p.149)

Devido a necessidade de auto regulação do Estado, tal processo impõe o levantamento de provas materiais, documentais pelo contribuinte e Fisco para apuração, afirmação dos fatos, e comprovada a obrigação tributária, é lavrado o lançamento de ofício, ou Auto de Infração, que formaliza a exigência fiscal.

O Auto de Infração deve possuir, no mínimo, as informações necessárias sobre o contribuinte, sua qualificação, obrigação tributária, o dispositivo legal infringido, assim como o fato gerador, valor originário do tributo, sugestão da penalidade aplicável, intimação para pagamento ou impugnação, indicação da unidade fazendária onde deva ser cumprida a exigência, a identificação funcional e assinatura do autor do procedimento, como dispõe o art. 35 da Lei 1.288/01:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

- a) a identificação do sujeito passivo;
- b) a data, local e hora da lavratura;
- c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência;
- d) o dispositivo legal infringido;
- e) a sugestão da penalidade aplicável;
- f) o valor originário do crédito tributário (TOCANTINS, 2001).

Diante de todo o procedimento administrativo tributário, o Contencioso Administrativo Tributário, instituído pela Lei Estadual nº 1.288/01, é o órgão responsável pelo julgamento dos créditos tributários em instância administrativa, avaliando os Autos de Infração levantados pela Secretaria de Fazenda. Tal julgamento possui duas instancias, à semelhança do processo judicial, sendo a primeira

composta apenas por órgão monocrático, isso é julgador singular, e a segunda é composta por órgão colegiado paritário, com representantes do Fisco e da classe empresarial, participantes do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais – COCRE, num total de cinco membros, comportando sete conselheiros titulares divididos entre quatro representantes do fisco, incluindo o Chefe do CAT (Presidente do COCRE) e três empresários. Dispõe a Lei 1.288/01:

Art. 2º Compõe o CAT:

I - os Julgadores de Primeira Instância;

II - o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais - COCRE;

Art. 4º O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais - COCRE é composto por:

I - três conselheiros e até seis suplentes, representantes dos contribuintes(...)

II - quatro conselheiros, dentre eles o Chefe do CAT, e até seis suplentes, representando o Fisco Estadual.

§ 1º O Chefe do Contencioso Administrativo-Tributário é o Presidente do COCRE (TOCANTINS, 2001).

Tal Conselho é responsável pelo julgamento de todos os procedimentos contenciosos em decorrência de lavratura de Auto de Infração, isto é, acusação fiscal. Deste modo, devido ao grande número de processos em meio físico e matérias de defesa que resulta em lentidão no andamento destes processos, uma vez que os prazos de investigação e apuração de ofício são de noventa dias, prorrogáveis por mais noventa, apenas para o lançamento tributário, um novo procedimento visando a celeridade processual foi adotado pelo Estado do Tocantins trazendo um novo paradigma ao Direito Processual Tributário, que foi outorgado pela Lei 3.018/2015 estabelecendo o procedimento não contencioso para o ITCD a partir de 2016.

#### **4 O PROCEDIMENTO NÃO CONTENCIOSO**

Diante da definição prática do procedimento administrativo contencioso e sua utilização diante dos processos fiscais, é visível que a movimentação e celeridade processual se tornam complexas demais para uma apuração e arrecadação de um imposto que atinge diretamente o patrimônio privado do contribuinte e impede uma movimentação ou gestão dos bens inerentes ao ITCD até o fim do processo e

adimplemento da obrigação fiscal, sendo necessária a implementação de um novo procedimento fiscal para o Estado e o cidadão.

Com essa demanda precisando ser suprida, o Estado do Tocantins publicou a Lei nº 3.018, de 30 de setembro de 2015, que alterou e inseriu conteúdos nos artigos e parágrafos específicos da legislação que regulamenta o procedimento tributário no estado, a Lei 1.288/01- PAT. Desde tal data, o art. 39 desta lei prevê que lançamentos e autolançamentos de crédito provenientes do Imposto de Transmissão de Causa Mortis e Doações de Quaisquer Bens ou Direitos obedecerão às normas do procedimento não contencioso.

Art. 39. Os procedimentos de autolançamento e lançamentos de ofício ou por homologação do crédito tributário obedecerão às normas estabelecidas nesta Seção, desde que provenientes de: [...] VII – imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD (TOCANTINS, 2015).

Há também a alteração do Código Tributário Estadual (Lei Estadual 1.287/01), homologada pela Lei 3.019/15, que estabeleceu, na seção de obrigações do contribuinte, em seus artigo 63-A, §2º, que o lançamento do imposto deve ser efetuado mediante declaração do sujeito passivo (Guia de informação e apuração-GIA-ITCD), não aplicando-se o Processo Administrativo Tributário (PAT), de acordo com o já constante artigo 63, I, mantendo a consonância legal.

Art. 63. O lançamento do imposto é efetuado: I – mediante declaração do sujeito passivo, sujeito à homologação de que trata o § 3º do art. 60 desta Lei.

Art. 63-A. Constatado o não pagamento do imposto é lavrado o respectivo documento de constituição do crédito tributário. §2º No procedimento relativo ao lançamento de ofício, o crédito tributário é instrumentado e formalizado na conformidade do §1º deste artigo, não se submetendo ao rito e processo administrativo tributário previsto na Lei 1.288, de 28 de dezembro de 2001 (TOCANTINS, 2001).

Tal Guia de Informação e Apuração deve constar acompanhada da documentação citada no regulamento do ITCD, no art. 2º, §1º, I, II, do Decreto nº 5.425/2016, nos termos do art. 63-A, §1º, da Lei 1.287/01.

Art. 63-A. Constatado o não pagamento do imposto é lavrado o respectivo documento de constituição do crédito tributário. §1º O documento de constituição do crédito tributário de que trata o caput é processado, revisado, decidido e reexaminado, na forma e prazos estabelecidos em regulamento (TOCANTINS, 2001).

O formulário (GIA-ITCD), conforme anexo A, deve ser preenchido pelo declarante voluntariamente, constando as seguintes informações essenciais:

- Origem do fato gerador do tributo, declarando a transmissão *causa mortis* ou doação;
- A finalidade do formulário: declaração de bens, requerimento de isenção ou de não incidência;
- A qualificação do declarante;
- Preenchimento das informações do fato gerador, no caso de transmissão por *causa mortis*, ou por doação;
- Contribuintes e suas qualificações (herdeiros, legatários, beneficiários, cessionários, fiduciários, fideicomissários);
- Descrição dos bens e direitos declarados e seus respectivos valores;
- Assinatura do declarante e recepção pelo órgão competente.

A documentação possui um rol extenso tanto para efeitos de *causa mortis* quanto para doações, e entre eles citam-se a petição inicial, transcrição da partilha, certidão de óbito, avaliação judicial dos bens e direitos, quando houver, minuta de escritura de doação, documento de CPF do doador e donatário etc., como destacado no art. 2º do Regulamento específico do ITCD-TO, dizendo que é dever do contribuinte declarar na GIA-ITCD os bens ou direitos com os respectivos valores venais descrevendo as principais características dos bens. Válido ressaltar que os documentos citados no artigo acima não remetem a um rol taxativo, podendo o Fisco exigir outros, se necessários ao entendimento e apuração do tributo. A documentação deve ser apresentada diante da Secretaria de Fazenda para que sejam apurados os impostos devidos e, notificada ao declarante sua obrigação fiscal, oficializa assim o início do procedimento fiscal.

Uma vez cientificado do valor devido, o contribuinte deverá pagá-lo ou contestá-lo no prazo de vinte dias, segundo o art. 20 do Regulamento do ITCD (RITCD). Decidido o recurso, mesmo prazo será ofertado para recolhimento do tributo, sob pena de inscrição na dívida ativa, segundo o art. 63-B do Código Tributário Estadual: "Art. 63-B. O crédito tributário decorrente do imposto lançado e não recolhido no prazo previsto é inscrito em Dívida Ativa." (TOCANTINS, 2001).

Analisado a fonte primária do direito, a Legislação Tributária Estadual, constatamos o estabelecimento, fortalecimento de mecanismos de cooperação entre fisco e contribuintes com vista à solução mais célere dos processos administrativo-tributários, mesmo em meios físicos, sem esquecer a manutenção do direito constitucional de defesa e contraditório.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A celeridade processual advinda do procedimento não-contencioso é visivelmente ampla se comparada ao procedimento contencioso, devido aos fatores expostos acima. Como a grande maioria dos impostos se voltam à modalidade contenciosa, com lançamento de ofício (autuação) e litígio, devido ao protecionismo do Estado em relação à arrecadação e fiscalização de seu tesouro, o procedimento não-contencioso, auto lançamento (declaração), se torna uma ferramenta menos utilizada diante dos procedimentos administrativos.

De maneira coesa, o Estado não mais precisa investigar e bater na porta do seu cidadão, levando-o a uma situação litigiosa e por vezes vexatória, portanto abrir a possibilidade do contribuinte buscar os serviços do Fisco, e declarar seus bens e/ou direitos, faz com que o mesmo possa adimplir com mais agilidade suas obrigações e tornar a administração tributária mais eficiente.

Com tal visão geral sobre uma nova abordagem do Direito Tributário dentro do Estado do Tocantins, trazendo os novos ventos da colaboração mútua ao âmbito do direito público, pode-se interpretar a abordagem nessa modalidade como uma transição, ou fase experimental, alcançando inicialmente o ITCD e, futuramente outros impostos de competência do Estado, fazendo com o que a gestão fazendária se torne mais célere, beneficiando a sociedade contribuinte e tornando o tributo algo mais partícipe e compreensível ao cidadão.

## **REFERÊNCIAS**

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

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: Congresso Nacional: Centro Gráfico, 1966.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. I. 14 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 50.

FERNANDES, Regina Celi Pedrotti Vespero. **Impostos sobre transmissão causa mortis e doação – ITCMD**. 2ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. – 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULSEN, Leandro. **Direito Processual Tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7. Ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

PERES, Eduardo Moreira, VALENTIN, Jefferson. **Manual do ITCMD – SP**. – 1ª Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

ROCHA, Sérgio André. **Processo Administrativo Fiscal: Controle Administrativo do Lançamento Tributário**. – 3ª Ed. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. – 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**. Ed. Póstuma. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1975.

TOCANTINS. Decreto nº 5.425, de 4 de maio de 2016. **Regulamento do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação e Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD**. Disponível em:  
<<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/decretos/Decreto5.425.16.htm>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

TOCANTINS. Lei nº 1.287, de 28 de dezembro de 2001. **Código Tributário do Estado do Tocantins**. Disponível em  
<<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.287-01Consolidada.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

TOCANTINS. Lei nº 1.288, de 28 de dezembro de 2001. **Contencioso Administrativo-Tributário e os Procedimentos Administrativo-**



**Tributários.** Disponível

em

<<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.288-01Consolidada.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

**VIEIRA, Leilana Maria Rolim de Pontes.** Contencioso e processo fiscal. – 3ª Ed. Brasília: editora VESTCON, 2000.

## **PUBLICIDADE NÃO SINALIZADA NAS MÍDIAS SOCIAIS: OS DANOS QUE ESSA PRÁTICA CAUSA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

**PEDRO HENRIQUE BATISTA EVELYN:**

Aluno do Curso de Bacharelado em Direito do  
Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA,

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA [1]

(Orientadora)

**RESUMO [2]:** O presente artigo incide sobre análise da publicidade não sinalizada nas mídias sociais, e os danos que essas trazem às relações de consumo. Em virtude da sociedade encontrar-se cada vez mais midiática, onde as pessoas passam a expor cada vez mais o seu cotidiano e consumir excessivamente as redes sociais, esta exposição acaba sendo umas das maiores formas de publicidade, e este artigo propõe-se a verificar e explicar a prática ilícita causada pela publicidade não sinalizada, identificando os fatores que estão atrelados à mesma, sua definição e pressupostos de existência, bem como analisar os atos indevidos nas práticas comerciais, além da proteção que o ordenamento jurídico confere ao empresário e ao consumidor que se sentir lesado, pois a principal consequência da publicidade não sinalizada é causar confusão no consumidor, que ocorre quando uma pessoa com grande visibilidade nas mídias sociais, faz a propaganda de produtos sem a devida sinalização, induzindo o consumidor ao erro. Para tal análise utilizou-se o estudo bibliográfico e documental, que numa abordagem indutiva nos levam de um raciocínio específico para um geral.

**Palavras-chave:** consumidor, publicidade e proteção.

**Abstract:** This article focuses on the analysis of unveiled advertising on social media, and the damage they do to consumer relations. Due to the fact that society finds itself more and more media, where people start to expose more and more their daily lives and consume social networks excessively, this exhibition ends up being one of the biggest forms of advertising, and this article aims to verify and explain the illegal practice caused by unsigned advertising, identifying the factors that are linked to it, its definition and assumptions of existence, as well as analyzing the undue acts in commercial practices, in addition to the protection that the legal system gives to the entrepreneur and the consumer to feel hurt, because the main consequence of unsigned advertising is to cause consumer confusion, which occurs when a person with high visibility on social media, advertises products without the proper signage inducing the consumer to error. For such analysis we used the bibliographic and

documentary study, which in an inductive approach takes us from a specific reasoning to a general one.

**Keywords:** consumer, advertising and protection.

**Sumário:** Introdução. 1. A Importância Social da Publicidade. 2. Publicidade Ilícita nas Redes Sociais. 2.1 Formas de Publicidades Ilícitas. 2.2 Os Publiposts e os Influenciadores Digitais. 2.3 Casos Públicos de Publicidade não sinalizada. 3. A Regulamentação da Publicidade. 3.1. O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e o CONAR. 3.2. O Código de Defesa do Consumidor e seus Princípios. 3.3. Projeto de Lei 10.919/2018. 3.4 Projeto de Lei 10.937/2018. 4. A Responsabilidade Civil e a Fiscalização. 5. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

É inegável que a publicidade é uma das práticas que rege a sociedade, nenhuma sociedade de consumo sobrevive sem publicidade, logo é impossível imaginar uma publicidade sem a veiculação de informações. Tanto que ela está inserida entre os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XIV), e não se pode esquecer que toda publicidade é constituída por informações, e que a informação, no Código de Defesa do Consumidor, é um dos princípios básicos de observância obrigatória nas relações de consumo (artigo 6º, inciso III), não há como se aceitar que uma das partes, quando se utiliza desta prática comercial para inserir no mercado seus produtos e serviços, se valha de dados falsos ou manipulados incapazes de retratar a verdadeira realidade daquilo que está sendo divulgado.

Cada fabricante, interessado em colocar seus produtos no mercado rapidamente para obter a recompensa pelo seu trabalho, faz o possível para ser o preferido pelo consumidor, que, por sua vez, deseja ter suas necessidades supridas e aspira pela preferência do produtor.

E uma das formas de obter essa preferência do público-alvo, é por meio da publicidade, que é uma atividade profissional dedicada à difusão pública de empresas, produtos ou serviços, podendo ser qualificada como uma propaganda comercial.

## 1 A IMPORTÂNCIA SOCIAL DA PUBLICIDADE

A publicidade no meio comercial tem como principal objetivo a comercialização de determinado produto ou serviço, que ocorre da seguinte forma, o fornecedor (emissor) utiliza as mais diversas formas de mídias (meio) existentes para atingir o consumidor (receptor), criando necessidades de consumo,

aumentando expectativas, potencializando o consumo de produtos e serviços, evidencia-se dessa forma a função social da publicidade na medida em que exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população, potencializando o consumo, criando necessidades desnecessárias, estilos de vida, o que se traduz em uma sociedade de consumo capitalista no fato de que consumir é imprescindível para se encaixar em determinado grupo social.

Como evidencia Vera Maria Jacob de Fradera:

*“A publicidade é, justamente, um dos fenômenos desta época em que vivemos, ela faz parte de nosso cotidiano, desde a mais tenra infância até nossos últimos dias, é através dela que o mundo, em todas as suas facetas, nos é oferecido, como se fora uma vitrine, onde são expostas às novidades que, a partir de então, passam a serem necessidades, mostradas que são como indispensáveis ao conforto e à atualização da vida e dos lares”.*

Com esse panorama geral, forma-se a cadeia da informação na publicidade, iniciando o seu processo pelo fornecedor, agência de publicidade e da mídia certa, otimizando o resultado esperado pela veiculação da publicidade: a comercialização de seu produto ou serviço, já que o bem de consumo está no mercado e se faz necessário atrair o consumidor para adquiri-lo.

A publicidade, como prática de mercado e modo de apresentação de um produto ou serviço, ressaltando suas qualidades como forma de comunicação, é um ato lícito em si, no entanto, na medida em que se apresenta de forma a lesar os consumidores e a induzi-los a comportamentos equivocados ou os levando a *laborar in error*, atuando como instrumento de persuasão e agressividade, sem levar em conta a dignidade da pessoa humana, merece ser coibida.

A problemática da publicidade que motivou sua regulação é justamente a forma e qual a informação que a publicidade veiculará para atrair os consumidores, evidenciando o texto legal e a forma pela qual a publicidade não pode ser veiculada.

## **2 PUBLICIDADE ILÍCITA NAS MÍDIAS SOCIAIS**

Com o saturamento das publicidades nos meios já conhecidos, como tv, rádio, outdoors e outros, os consumidores pararam de dar atenção a estes anúncios, uma vez que aquele contato diário causou uma certa aversão no público geral, e a forma que as marcas acharam de anunciar seus produtos sem que o leitor desviasse a atenção foi por meio das indicações nas redes sociais.

Logo, surge a ideia de usar pessoas em alta na mídia para promover os produtos de forma despercebida nas redes sociais, uma vez que os produtos são indicados de uma forma mais íntima e informal pelo Influenciador Digital com os seus seguidores, logo o público não entende que se trata de uma publicidade, e adquire o produto baseado na confiança que tem naquele Influenciador, e assim ocorre uma publicidade ilícita, uma vez que induz o consumidor ao erro, pois o mesmo acredita ser uma dica pessoal ao invés de uma publicidade.

Por esse motivo, surgiu um movimento pedindo transparência nesse aspecto, pois esse mercado que hoje movimenta milhões, precisa ser justo com o consumidor, com o influenciador e com a marca, exemplo disso é que houve um aumento de 56% no ano de 2018 na sinalização de publicidades no Instagram.

## **2.1 Formas de Publicidade Ilícitas**

Há três formas de publicidade ilícita previstas pelo Código de Defesa do Consumidor: a simulada, a enganosa e a abusiva. Publicidade simulada é a que procura ocultar o seu caráter de propaganda, estabelece o art. 36 que a veiculação da publicidade deve ser feita de modo que o consumidor possa percebê-la, fácil e imediatamente, adotando as cautelas próprias diante da natureza necessariamente parcial da mensagem transmitida. São exemplos de publicidade simulada a inserção, em jornais e periódicos, de propaganda com a aparência externa de reportagem, ou a subliminar, captável pelo inconsciente, mas imperceptível ao consciente, bem como o foco deste artigo, a publicidade não sinalizada nas mídias sociais.

A publicidade enganosa é aquela capaz de induzir o consumidor em erro. Na lei (CDC, art. 37, § 1º), menciona-se a transmissão de informação parcial ou totalmente falsa, mas o conceito não é ajustado. A publicidade pode ser falsa e não ser necessariamente enganosa. Isso porque o instrumento principal da veiculação publicitária é a mobilização do imaginário do consumidor, com o objetivo de tornar o produto ou serviço desejado. Não é necessário que exista dolo do fornecedor, para se caracterizar a enganabilidade, esta é aferida de modo objetivo, isto é, a partir do potencial de enganabilidade apresentado pelo anúncio.

Já a publicidade abusiva (CDC, art. 37, § 2º) é aquela que agride os valores sociais. Também é abusiva a publicidade racista, sexista, discriminatória e a lesiva ao meio ambiente. Na avaliação da abusividade, no entanto, é necessário não confundir agressão a valores sociais com desconfortos derivados de problemas pessoais. O palavrão, a nudez, o erotismo não são necessariamente abusivos, dependendo do contexto de sua apresentação pelo anúncio. Vale ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor, regula apenas a publicidade e não a propaganda.

Conforme Fábio Ulhoa Coelho (2018) em seu “Manual de Direito Comercial”:

“Para assegurar a proteção ao consumidor, a lei tipifica como crime a inobservância de quase todos os deveres impostos aos empresários. Assim, desde a omissão de informações sobre a periculosidade do produto até a promoção de publicidade enganosa ou abusiva, define o CDC uma série de infrações penais, responsabilizando qualquer pessoa que concorrer para a prática criminosa, bem como o representante legal da sociedade empresária (administrador, gerente ou diretor) que promover, permitir ou aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços em condições vedadas pela lei (CDC, arts. 61 a 80).”

Acerca do exposto pela doutrina fica evidenciado que a propaganda quando não sinalizada é ilícita, e que o empresário deve observar e cumprir todos os deveres que a ele são impostos, sendo a sua inobservância qualificada como infração penal, ou seja, quando este contrata os serviços de publicidade para o seu produto ou serviço, é necessário que o empresário ou os responsáveis pela empresa estejam atentos a coibir qualquer prática de publicidade não sinalizada, uma vez que essas inobservâncias se tratam de infrações penais, e estão dispostas nos artigos 61 a 80 do Código de Defesa do Consumidor.

## **2.2 Os Publiposts e os Influenciadores Digitais**

Com a crescente das mídias sociais, as formas de publicidade mudaram, inicialmente surgiu como banners em blogs e sites de acordo com o respectivo nicho daquele influenciador, a exemplo disso é a influencer Thassia Naves, que tem como foco falar sobre modas e tendências, no seu site há banners fixos das chamadas marcas de roupas parceiras, ficando claro ao consumidor que se trata de um anúncio, ocorre que o consumidor estava saturado desse tipo de publicidade, então novas formas surgiram de veicular esse conteúdo, principalmente dentro das redes sociais, não ficando mais atrelada somente aos banners, mas por meio de postagem no *feed*, que é um álbum fixo na rede social e nos *stories*, que é uma ferramenta de exibição temporária, o influenciador posta e esta fica disponível por 24(vinte e quatro) horas, dessa forma o influenciador mostra o produto informalmente ou este é inserido no fundo da foto, fazendo parecer que faz parte do cotidiano de quem fez a postagem.

Com isso, as empresas que buscavam anunciar seus produtos, encontraram uma maneira de alavancar seus planos de venda nessa nova forma de publicidade,

uma vez que os influenciadores difundiam os produtos de forma indireta e eficaz, já que os outros meios (banners e anúncios) estavam saturados além de serem considerados disruptivos, pois há pessoas que instalam softwares específicos para bloquear os banners e anúncios, já as redes sociais são um caminho para estar presente onde o público-alvo está e contornar a situação, e de forma mais barata do que os meios já conhecidos.

Apesar de não haver uma regulação dessa área de influenciadores, o mercado publicitário divide esses profissionais de acordo com o número de seguidores que cada um tem, os Megainfluenciadores são os que possuem mais de R\$1 (hum) milhão de seguidores nas redes sociais, onde o ganho mensal pode chegar a R\$500 (quinhentos) mil, a exemplo disso é que um dos jogadores mais bem pagos do mundo, Cristiano Ronaldo fatura muito mais com seu perfil no Instagram do que com o futebol, o atacante português, que conta com R\$187 (cento e oitenta e sete) milhões de seguidores, ganha R\$ 5,9 (cinco, nove) milhões para cada post patrocinado e é a celebridade que mais lucra na rede social. No último ano, 34 publicações lhe renderam R\$202 (duzentos e dois) milhões, segundo estudo do Buzz Bingo. Na Juventus, seu clube atual, recebe R\$140 (cento e quarenta) milhões por ano.

Sendo assim, essa prática que movimenta milhões não pode acontecer com a utilização da técnica da publicidade mascarada, as redes sociais como o Instagram, passaram a disponibilizar ferramentas para identificar que se trata de uma publicidade, onde no local da localização aparece a frase “parceria paga com o nome da respectiva marca”, também, utiliza-se de hashtags ao final do texto ou ao longo dos stories, as palavras “publi” ou “ad” como forma de mostrar ao leitor que se trata de uma publicidade. Entretanto muitos influenciadores falam que sinalizar o post com essas ferramentas diminuem o engajamento da postagem, e que por esse motivo continuam a usar-se da prática ilícita de não sinalizar, resultando em lesão o consumidor, a exemplo disso foi a influencer Bianca Camargo, que usou a ferramenta recentemente, cerca de 03 (três) anos após de lançada e que o seu engajamento na publicação diminuiu, e que por esse motivo nunca tinha usado a ferramenta.

### **2.3 Casos Públicos de Publicidade não sinalizada**

Os casos em análise no presente artigo foram extraídos de sites de ampla divulgação, podendo ser acessado por todos, ao tempo em que serve de alerta ao consumidor para que tenha mais atenção ao consumir esse tipo conteúdo, dessa forma, qualquer consumidor ao perceber que teve seu direito lesionado pode recorrer aos órgãos responsáveis e coibir essa prática.

Em reunião do Conselho de Ética, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) julgou um processo envolvendo a

influenciadora Gabriela Pugliesi e a marca de chás Desinchá. Em 2018, Pugliesi postou em seu stories da rede social instagram a foto de uma garrafa ao lado de uma embalagem da Desinchá, dizendo que levaria a bebida para uma trilha que faria naquele dia. "*Hoje quem vai pra trilha na garrafa é @desincha, que além de ajudar a acelerar o metabolismo, dá aquela energia por causa do blend maravilhoso de ervas que contém o sachê. Amo!*", escreveu a influenciadora, junto com a foto postada no stories do instagram. Por se tratar, justamente, de uma postagem que expira em 24 horas, a mensagem não pode mais ser vista no perfil da influenciadora.

Diferentemente de outros casos envolvendo influenciadores que acabam gerando muitos dos processos abertos no Conar, a razão da análise dessa postagem não foi a falta de sinalização de mensagem publicitária. Nesse caso, o Conselho de Autorregulamentação acatou a denúncia de uma seguidora de Pugliesi, que argumentou que não era correta a divulgação dos possíveis efeitos da bebida no organismo sem a devida comprovação médica, não havia habilidade técnica da influenciadora para indicar o produto, podendo por em risco a saúde do consumidor. Como defesa, a marca Desinchá declarou ao Conar que o post foi feito espontaneamente por Pugliesi e, portanto, não se tratava de uma ação publicitária. Já a influenciadora corroborou que fez o post de forma espontânea e, na defesa encaminhada ao Conar, comprometeu-se a ter mais cautela nas postagens que envolvem supostos efeitos de produtos na saúde.

Por decisão do Conar, tanto Pugliesi como a Desinchá foram advertidos a respeito do post, mas não sofreram nenhuma punição. A influenciadora, assim como outras personalidades, também já realizaram outras ações de publicidade para a marca em suas redes sociais, sem qualquer problema junto ao Conar, nem com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, pois muitas dessas publicidades não são sinalizadas, tratando de um caso de concorrência desleal, e a fiscalização ainda é omissa, e o consumidor e os concorrentes são os lesados.

Cerca de 02(dois) anos depois, a empresa Desinchá novamente foi advertida pelo CONAR, dessa vez com o publipost da influenciadora digital Rafa Kalimann, o órgão abriu um processo por causa da denúncia de um consumidor de que a postagem da influenciadora não estava claramente identificada como propaganda, a influenciadora modificou a postagem e inseriu o termo "publipost" assim que foi notificada pelo CONAR, e a empresa Desinchá se manifestou que a postagem era obviamente publicitária e, por isso, não achava necessário o acréscimo de um aviso aos consumidores, restando evidente a postura totalmente ilegal da empresa, lesando o consumidor e gerando uma concorrência desleal, vez que a mesma já foi notificada anteriormente que essa prática é ilícita.



A influenciadora fitness Gracyanne Barbosa em 2016 foi contratada para fazer um post patrocinado para descrever o produto como se o utilizasse diariamente, só que a influencer não apagou as instruções e postou na legenda a solicitação da empresa para que ela usasse o contexto e fizesse com suas palavras, ficando evidente que a influenciadora utilizou-se de uma publicidade velada, pois fez inúmeros elogios como se conhecesse e usasse o produto, mas tudo foi instruído pelo contratante, induzido o consumidor a comprar o produto despercebidamente.

Os números desses influenciadores são superiores aos de Ambev, Divcom Pharma, LG e Nestlé, que receberam cada uma, três condenações no ano passado e lideram o ranking das marcas mais punidas pelo Conar no ano passado, publicado nesta semana pela edição impressa e digital de Meio & Mensagem, o levantamento, elaborado pelo oitavo ano consecutivo, é feito com base nas informações publicadas no site do Conar.

### **3 A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE**

Foi demonstrado a importância da publicidade na vida em sociedade, como ela é benéfica e necessária, porém utilizar-se de meios ilícitos como a publicidade não sinalizada, faz com que caia por terra todos os benefícios que ela traz e a sua principal função, que é levar o conhecimento ao consumidor para que este faça a sua escolha, sem lesar nenhum participante dessa relação de consumo.

Tendo em vista esses possíveis danos, que cada dia está mais recorrente na vida em sociedade pois as pessoas estão cada vez mais inseridas no mundo digital, excepcionalmente durante a elaboração deste artigo, que o mundo encontra-se durante uma pandemia em virtude do Covid-19 que já deixou milhares de mortos no mundo todo, sendo que ficar em casa é a melhor forma de ser preservar, esse consumo midiático aumentou consideravelmente, e os responsáveis por utilizar-se dessa prática ilícita devem ser responsabilizados e as vítimas devidamente indenizadas.

#### **3.1 Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e o CONAR**

O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária é o regramento ético aplicado pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, e foi elaborado por membros da própria classe de publicitários com o objetivo de assegurar uma atividade ética, honesta e afinada com os valores da sociedade brasileira. Este documento não tem força normativa, vale dizer, não se trata de um documento jurídico capaz de obrigar ou vincular a atividade publicitária. No entanto, por ser fruto de consenso entre os profissionais da área, tem grande força e influência, estabelecendo um padrão ético que os próprios publicitários

desejam ver refletidos em seus trabalhos. Apesar de que sua ideia inicial era a de autorregulamentação, para que não houvesse qualquer ligação com o poder público, o próprio código admite em seu art. 16 que ele pode ser usado futuramente tanto como fonte de inspiração para futuras legislações ou pelo poder judiciário como fonte subsidiária. O CBAP traz princípios próprios para reger a publicidade, são eles: a respeitabilidade, decência, honestidade, apresentação verdadeira, identificação publicitária

O CONAR é formado pela Assembleia Geral Diretoria, Conselho Superior, Conselho Fiscal e pelo Conselho de Ética, e é com fundamento no Código de Ética que este avalia as denúncias que lhe são encaminhadas (por anunciantes, grupos de consumidores ou empresas) e oferece recomendações para as partes envolvidas no caso. As recomendações proferidas pelo CONAR são meramente indicativas, visto que o órgão não tem poderes para julgar definitivamente os casos e nem para aplicar sanções. As denúncias realizadas por interessados podem dar origem a Representações, que são julgadas administrativamente pelo CONAR, buscando-se a solução de um caso envolvendo questões éticas na publicidade. Apesar de suas recomendações não serem juridicamente vinculantes, em geral são prontamente cumpridas pelas partes envolvidas, visto que o CONAR goza de prestígio e respeitabilidade entre os profissionais da área.

As decisões do CONAR são apenas recomendações, que, eventualmente, se não forem acatadas de livre escolha pela parte recomendada, podem ser discutidas pelas mesmas partes no âmbito do Poder Judiciário e até por órgãos da administração dos governos. Porém, na imensa maioria dos casos, o que acontece é justamente o acatamento das recomendações do CONAR por todas as partes envolvidas: agências publicitárias, veículos de comunicação e/ou anunciantes – ou, genericamente, comunidade publicitária.

Exemplo dessa recomendações é que os atores Bruno Gissoni e Fernanda Paes Leme foram advertidos pelo Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) por conta de postagens publicitárias de uma marca de cerveja no Instagram. Eles tiveram de retificar o post em seus perfis, pois deixaram de sinalizar sobre o consumo de álcool (uma regra em anúncios nesta categoria), Bruno e Fernanda atualizaram as postagens com a hashtag #BebaComModeração.

### **3.2 O Código de Defesa do Consumidor e seus Princípios**

O Código de Defesa do Consumidor, rompendo as tradicionais codificações em que preponderava o uso do sistema de regras, isto é, aquele sistema em que o legislador tentava prever todas as situações possíveis de ocorrer em uma sociedade,

regulando-as em regras específicas, adotou um sistema de cláusulas abertas, em que preponderam os princípios. Daí se dizer que o CDC é uma lei principiológica.

O Princípio da boa-fé está expresso no art. 4º, III do CDC e consiste no fato de as partes terem o dever de proceder com lealdade, bom senso, solidariedade, probidade e cooperação na consecução do objeto do negócio jurídico, buscando harmonizar os interesses das partes e manter o equilíbrio nas relações de consumo. Nota-se que as regras do CDC devem ser pautadas na transparência, isto é, o consumidor deverá estar ciente de todos os atributos e características do serviço ou do produto que adquiriu, bem como das vantagens e dos riscos que venham a apresentar. Observa-se que o referido princípio é um mandamento essencial, tendo em vista que o seu respeito e cumprimento propicia a estruturação de todo um sistema, tendo sua serventia em nortear o sistema consumerista, ganhando força de regra padrão.

O Princípio da Precaução encontra-se implícito no Código de Defesa do Consumidor, e tem por objetivo resguardar o consumidor de **riscos desconhecidos** relativos a produtos e serviços colocados no mercado de consumo. Não deve ser confundido com a prevenção, que é forma de resguardo de riscos conhecidos. Um bom exemplo da aplicação do princípio da prevenção pode ser notado na regulação do fornecimento de alimentos transgênicos, uma vez que a ciência ainda desconhece todos os efeitos dos gêneros alimentícios geneticamente modificados sobre a saúde humana.

**O Princípio da Dimensão Coletiva** prestigia a proteção da coletividade, mesmo que em detrimento de outrem, significando que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o interesse individual. A dimensão coletiva das questões envolvendo direitos do consumidor pode ser facilmente percebida pelo sistema de defesa coletiva do consumidor, através de regras específicas estampadas no Título III do CDC, considerado verdadeiro “Código” das ações coletivas. O princípio em comento é também o norteador do art. 4º do CDC e das figuras nele arroladas. Como já dito anteriormente, tratam-se de normas de ordem pública que têm a finalidade de proteger o consumidor de eventuais arbitrariedades.

O Princípio da Confiança enfatiza a legítima expectativa dos consumidores, pois ninguém contrata acreditando que será lesado, ou seja, o consumidor contrata acreditando que o negócio será bem sucedido, e que o parceiro contratual agirá com lealdade no decorrer da execução do contrato. Deve ser amplamente observado nos contratos de consumo. Como efeito deste princípio, pode-se citar a vinculação do fornecedor à oferta, ou seja, o fornecedor está obrigado desde a fase pré-contratual a cumprir o que está no conteúdo da oferta divulgada, impedindo com que as expectativas dos consumidores sejam frustradas em tais contratações.

O Princípio da Transparência deve ser observado no momento da formação do vínculo contratual, de forma a informar o consumidor sobre os riscos do negócio, para que o consumidor aja conscientemente, está previsto nos artigos 6º, III, 9º e em demais dispositivos do CDC.

O Princípio da Proteção está previsto implicitamente no art. 6º, I do CDC, tutela a proteção básica aos bens jurídicos mais relevantes, quais sejam: a incolumidade física, psíquica e econômica. **Onde a Incolumidade física (inciso I)**: refere-se ao direito à vida, à saúde e segurança do consumidor em relação aos riscos oferecidos por produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; **Incolumidade psíquica (inciso II)**: diz respeito à liberdade de escolha e igualdade nas contratações e **Incolumidade econômica (incisos III e IV)**: relaciona-se aos riscos de lesão econômica afetos a preço, características dos produtos e serviços, práticas abusivas etc. Quando forem evidentemente abusivas e gerem desequilíbrio entre as partes, sobressaindo-se o fornecedor sobre o consumidor.

### 3.3 Projeto de Lei 10.919/2018

Este Projeto de Lei, de autoria do Deputado Célio Silveira do PSDB/GO que encontra-se guardando Parecer do Relator na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) tem como finalidade acrescentar parágrafo ao art. 36, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), para obrigar a identificação publicitária na exibição e na divulgação patrocinadas de produtos e serviços, independentemente da forma ou meio de veiculação.

Com a inclusão desse parágrafo, em todos os meios de veiculação, o anunciante precisa identificar que se trata de uma ação publicitária, desse modo o consumidor não vai mais ser lesado ao se deparar com um anúncio de um produto velado, podendo exercer o seu livre direito de escolha de ver ou não aquela publicidade, bem como de comprar ou não aquele produto, inclusive com esse novo parágrafo, a modalidade de recebidos precisariam ser identificadas.

Essa modalidade de recebidos é quando os influenciadores mostram produtos que eles receberam gratuitamente e sem nenhuma necessidade do mesmo anunciar, mas como uma espécie de presente que ele recebeu de determinada empresa e está compartilhando com o público, sem nenhum vínculo publicitário com a empresa, e o seguidor/consumidor se achar interessante pode procurar o item e adquirir, ocorre que muitas vezes esses recebidos ainda assim são publicidades veladas, disfarçadas de recebidos, pois como já mencionado, os influenciadores por conta própria, ou a mando da empresa que o contratou faz essa publicidade mascarada.

Essa perspectiva foi reforçada por um substitutivo ao Projeto de Lei, apresentado pelo deputado Ted Conti do PSB/ES, que dispõe acerca da inclusão de novo parágrafo com a seguinte redação: § 3º Para efeitos do disposto no §2º, a ausência de pagamento ou outra espécie de contraprestação pelo fornecedor do produto ou serviço ao usuário de aplicação de internet não descaracterizará, por si, a natureza publicitária da exibição ou divulgação. Porém, uma emenda ao substitutivo, apresentada pelo deputado Luís Miranda do DEM/DF, alinha-se ao pensamento de que os recebidos não são uma forma de publicidade: §3º Para efeitos do disposto no §2º, a ausência de pagamento ou outra espécie de contraprestação pelo fornecedor do produto ou serviço ao usuário de aplicação de internet descaracterizará a natureza publicitária da exibição ou divulgação.

### **3.4 Projeto de Lei 10.937/2018**

Este Projeto de Lei, de autoria do Deputado Eduardo da Fonte do PP/PE dispõe sobre a regulamentação do ofício de Influenciador Digital, nas justificativas do Deputado para aprovação do respectivo projeto de lei, ele dispôs que:

“O Influenciador Digital é um obreiro que está presente hoje em diversos sítios da Internet. É uma nova profissão dos tempos modernos e mostrou-se necessário também regulamentar, dentro do possível, o conteúdo veiculado por esses trabalhadores, que possuem amplo alcance e impacto na formação de opinião de parcelas expressivas da população, em especial os mais jovens. Assim, este projeto de lei visa também regulamentar, assegurar e facilitar o trabalho das novas gerações.”

O respectivo Projeto de Lei 10.937/2018 foi retirado de tramitação para correção de erro material em 14/12/2018, entretanto, é necessário ressaltar a importância da regulamentação desse ofício, pois conforme disposto pelo Deputado Eduardo da Fonte, este é um ofício de *“amplo alcance e impacto na formação de opinião de parcelas expressivas da população, em especial os mais jovens”*, ou seja, regulamentar é uma forma de proteger quem realiza esse ofício assim como quem consome.

## **4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A FISCALIZAÇÃO**

A responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. A reparação do dano é

feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária. O dano pode ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa.

O CDC prevê regras sobre a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 a 17) e sobre a responsabilidade por vício do produto ou do serviço (arts. 18 a 25). Como regra geral, a responsabilidade civil nas relações de consumo é objetiva, ou seja, independente de culpa. Por exemplo, ao tratar da responsabilidade pelo fato do produto dispõe que "O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". Discute-se, também, se o fabricante responde na hipótese de defeito que não podia ser detectado pela ciência e da técnica no momento em que foi colocado em circulação (riscos do desenvolvimento), prevalecendo o entendimento de que deve haver responsabilidade.

Ainda sobre a responsabilidade pelo fato do produto, o comerciante somente é responsabilizado nas hipóteses previstas no art. 13 do CDC: "O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso".

Após mencionado os casos em que cabe a responsabilidade civil, fica uma lacuna quando correlacionado ao exemplo citado da influenciadora Gabriela Pugliesi, que por decisão do Conar, tanto Pugliesi como a Desinchá foram advertidos a respeito do post, mas não sofreram nenhuma punição. Sabe-se que os conselhos de classes profissionais são conselhos formados por profissionais de cada profissão, com diretorias democraticamente eleitas pelos seus associados que representam os interesses de sua profissão. Sua principal atribuição é a de registrar, fiscalizar e disciplinar as profissões regulamentadas. Elas são considerados "autarquia especial ou corporativa".

A fiscalização de cada profissão é delegada pela união através da Lei específica de acordo com cada profissão. Para cada profissão regulamentada é criado um Conselho Federal com sede em Brasília ou alguns antigos com sede no Rio de Janeiro (ex-capital) e escritório em Brasília. Também existem em cada estado os conselhos regionais ou conselhos que abrangem mais de um estado. Todos estão sob

fiscalização contábil e financeira do Tribunal de Contas da União, por força do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal.

Com a ascensão das mídias sociais, torna-se um influenciador não requer uma agência publicitária, não é necessário você ter uma formação, como médico ou advogado, para exercê-la, basta você se cadastrar numa rede social, criar um público alvo, e expandir a sua publicidade, influenciadores digitais, como Gabriela Pugliesi, Thassia Naves, Camila Coelho, tem seus nomes com a mesma força de uma marca, em alguns casos até maior, sendo necessário patentear o próprio nome, e torná-lo uma marca, com CNPJ e todos os tramites legais de uma empresa.

Acontece que isso só ocorre, isto é, quando ocorre, quando estes influenciadores digitais atingem um certo patamar, fazendo necessário registrar-se como uma empresa para exercer a profissão de empresário e não ter interferência nos lucros. Nos demais casos, ocorre uma espécie de exercício da profissão não regulamentada, pois não há nenhum registro ou fiscalização, tratando apenas de pessoas físicas, usando a máxima do direito privado, onde o que não é proibido pela lei, é permitido.

## **5 CONCLUSÃO**

Conforme demonstrado a publicidade é papel necessário na vida do indivíduo em sociedade, ela difunde informações, facilita a obtenção de produtos, entretanto, quando é feita com irresponsabilidade e sem a devida observância do texto legal, ela lesa o consumidor, lesa as empresas e lesa a sadia concorrência.

Sendo assim, fica evidenciado que a melhor solução para sanar e prevenir esses problemas é a regulamentação, toda profissão precisa e deve ser regulamentada, e influenciador deve ser vista como uma, inclusive o Projeto de Lei 10.937/2018 de autoria do Deputado Eduardo da Fonte do PP/PE previa a regulamentação dessa atividade, mas foi retirado para correção de erro material, entretanto, continua sendo necessário ressaltar a importância da regulamentação desse ofício, que necessita de um conselho regional, de regras de conduta, dessa forma a sociedade fica protegida, e a livre concorrência assim como a livre escolha dos consumidores é respeitada, pois sem essa fiscalização, os influenciadores podem além de lesar o consumidor com a publicidade ilícita, pôr em risco também a saúde do seu público, ao fazer posts e indicar produtos sem a devida habilidade técnica, pois a luz do direito privado o que não é vedado por lei, é permitido.

Além da necessidade da aprovação e implantação do Projeto de Lei 10.919/2018 que tem como finalidade tornar necessário o acréscimo de parágrafo ao art. 36, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do

Consumidor), para obrigar a identificação publicitária na exibição e na divulgação patrocinada de produtos e serviços, independentemente da forma ou meio de veiculação.

## REFERÊNCIAS

BENETTI, Rodolfo. **Redes Sociais: em qual dela minha empresa deve investir?** Disponível em: <https://www.organicadigital.com/blog/redes-sociais-para-empresas/> Acesso em 11 de Novembro de 2020.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática da Monografia para os Cursos de Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Luciana Gomes. **Os limites jurídicos da publicidade nas relações de consumo brasileiras: as manipulações de desejo nas relações pré-contratuais consumeristas**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22585/os-limites-juridicos-dapublicidade-nas-relacoes-de-consumo-brasileiras-as-manipulacoes-de-desejo-nasrelacoes-pre-contratuais-consumeristas/4> Acessado em 11 de novembro de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 10919/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184914>. Acessado em: 11 de novembro de 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 10937/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2185136>. Acessado em: 11 de novembro de 2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial, Direito de Empresa**. 30. ed. Revista dos Tribunais, 2018.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **Manual de Direito Empresarial**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DUARTE, Fernando. **Brasil é 'vice' em tempo gasto em redes em ranking dominado por 'emergentes'**. Disponível em: <https://f5.folha.uol.com.br/nerdices/2019/09/brasil-e-2o-em-ranking-de-paises-que-passam-mais-tempo-em-redes-sociais.shtml>. Acesso em 11 de Novembro de 2020.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. **Contratos Empresariais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



JARDIM, Lauro. **Conar adverte empresa por publipost de Rafa Kalimann.** Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/conar-adverte-empresa-por-publipost-de-rafa-kalimann.html> acesso em 11 de novembro de 2020.

JULIO, Karina Balan. **Sinalização de conteúdo pago no Instagram aumentou 56% em 2018.** Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2019/05/08/em-um-ano-instagram-teve-alta-de-56-em-conteudos-patrocinaados.html>. Acesso em 11 de Novembro de 2020.

LEMOS, Alexandre Zaghi; SACCHITIELLO, Bárbara. **Por publicidade velada, influenciadores lideram condenações do Conar.** Revista Meio&Mensagem, 25 de Janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/01/25/por-publicidade-velada-influenciadores-lideram-condenacoes-do-conar.html>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica. 7. ed. São Paulo** : Atlas 2010.

PEREIRA, Vinicius. **Sabe quanto pode ganhar um influencer digital por mês?** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/11/22/influenciadores-digitais-trabalho-faturamento-digital-influencer.html> Acesso em 11 de Novembro de 2020.

REDAÇÃO DO ESPORTE INTERATIVO. **Cristiano Ronaldo recebe mais por publicações no Instagram do que por jogar na Juvents.** Disponível em: <https://www.esporteinterativo.com.br/melhorfuteboldomundo/Cristiano-Ronaldo-recebe-mais-por-publicaes-no-Instagram-do-que-por-jogar-na-Juventus-20191018-0021.html> acesso em 11 de novembro de 2020.

SACCHITIELLO, Bárbara. **Conar adverte Gabriela Pugliesi e empresa Desinchá por post nos Stories.** Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/02/20/conar-adverte-gabriela-pugliesi-e-desincha-por-post-no-stories.html>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida, ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Bernabé. **Publicidade enganosa gera concorrência desleal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-ago->

[27/publicidade enganosa gera concorrência desleal](#). Acesso em 11 de novembro de 2020.

VEJA SP. **Gracyanne Barbosa comete gafe em post pago e seguidores não perdoam**. Disponível em: <https://vejasp.abril.com.br/blog/pop/gracyanne-barbosa-comete-gafe-em-post-pago-e-seguidores-nao-perdoam/> acesso em 11 de novembro de 2020.

WAKKA, Wagner. SACCHITIELLO, Bárbara. **Conar adverte Gabriela Pugliesi e empresa Desinchá por post nos Stories**. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2019/02/20/conar-adverte-gabriela-pugliesi-e-desincha-por-post-no-stories.html>. Acesso em 11 de novembro de 2020.

## NOTAS

[1] SILVA, Wirna Maria Alves. Orientadora, Professora do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, e-mail: [wirnaalves@gmail.com](mailto:wirnaalves@gmail.com).

[2] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina – PI, em Novembro de 2020.

## **A APLICAÇÃO DA LEI 12.318/2010 EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO ANTE A PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA.**

**NATHALYA NUNES DO VALE:**

Acadêmica do curso de Direito na Universidade UNIRG. Gurupi/TO.

**GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO[1]**

(orientador)

**Resumo:** A Síndrome de Alienação Parental é uma tese proposta pelo psiquiatra Richard Gardner, que descreve uma série de condutas que visam atrapalhar o relacionamento entre uma criança ou adolescente e um de seus genitores, ocorrendo predominantemente em contexto de divórcio. Tais atos promovem uma verdadeira campanha difamatória, que transforma a prole em objeto de disputa e vingança. A Lei nº 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) foi criada com o escopo de coibir os genitores de praticarem quaisquer atos, que visem prejudicar o vínculo existente entre a criança e o outro responsável, atribuindo, para tanto, diversas penalidades ao alienador. Entretanto, a lei vem sendo utilizada de forma equivocada, especificamente em casos onde um dos genitores denuncia o outro por abusar sexualmente do filho. Trata-se de um impasse jurídico de ampla complexidade, vez que tanto o abuso sexual quanto a prática de alienação parental são situações de difícil comprovação. O objetivo do presente trabalho é analisar a Síndrome de Alienação Parental e a Lei de Alienação Parental no Brasil, destacando as fragilidades e inconsistências da tese e da norma. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise qualitativa de artigos acadêmicos de referência e material doutrinário referente ao tema.

Palavras-chave: Direito de Família. Alienação Parental. Abuso sexual infantil.

**Abstract:** The Parental Alienation Syndrome is a thesis proposed by psychiatrist Richard Gardner, which describes a process of conduct aimed at disrupting the relationship between a child or adolescent and one of their parents, occurring predominately in the context of a divorce. Such acts promote a true defamatory campaign, which turns the offspring into an object of dispute and revenge. Law No. 12,318/2010 (Parental Alienation Law) was created with the intention of preventing parents from practicing any acts, which aim to harm the child. existing bond between the child and the other responsible, attributing, for this purpose, several penalties to the alienator. However, the law has been misused, specifically in cases where one parent denounces the other for sexually abusing the child. The objective of the present work is to analyze the Parental Alienation Syndrome and the

Parental Alienation Law in Brazil, highlighting the weaknesses and inconsistencies of the thesis and the norm. This is a bibliographic research, carried out from the qualitative analysis of academic reference articles and doctrinal material related to the theme.

Keywords: Family law. Parental Alienation. Child sexual abuse.

**Sumário:** Introdução. 1. A Síndrome da Alienação Parental. 2. A Alienação Parental no Direito Brasileiro: Lei 12.318/2010. 3. O Desvio de Aplicação da Lei 12.318/2010 nas Denúncias de Abuso Sexual Infantil. 3.1 Sobre o atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança. Conclusão. Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O fim de um relacionamento é difícil, ainda mais envolvendo filhos. Eis um cenário fértil para uma batalha de egos, disputas de poder e ofensas de todos os níveis. Neste contexto, foi fomentada pelo psiquiatra Richard Gardner a teoria da Síndrome Alienação Parental, onde uma campanha difamatória é direcionada contra um dos genitores, atos motivados por vingança com intuito de atrapalhar o relacionamento existente entre o genitor e o filho.

Com base nesta tese foi criada a Lei nº 12.318/2010 que apresentava como principal objetivo a preservação dos interesses do menor. Assim, a referida lei trouxe consigo um conjunto de condutas que caracterizam a existência de alienação parental, bem como apresentou as punições a serem atribuídas ao alienante. Apesar do louvável intuito de coibir as práticas de alienação parental, seu texto legal apresenta pontos que merecem uma maior atenção e cuidado pelos profissionais do direito antes de serem aplicados ao caso concreto, pois poderiam dificultar a realização de denúncias de abuso sexual infantil praticada por familiares, além de desvalorizar os relatos de violência apresentados.

No contexto supracitado, pais abusadores sexuais poderiam utilizar o argumento da ocorrência da prática de alienação parental para se defenderem de processos nos quais são acusados por abuso sexual infantil, alegando que se trata de uma falsa acusação, motivada pelo desejo de vingança ou desavença. Com a utilização deste argumento, o agressor sexual se livraria da acusação e poderia até conseguir a guarda unilateral da criança. Casos como este trabalham de forma diametralmente oposta ao princípio do melhor interesse da criança, um dos princípios basilares que regem a ampla proteção aos direitos conferidos às crianças e aos adolescentes, bem como caracteriza uma afronta à dignidade da mulher.

O presente trabalho busca analisar a possibilidade de desvio de aplicação do real sentido da Lei nº 12.318/2010, através da investigação da tese que a embasou, das suas disposições legais e da crescente utilização do instituto da alienação parental como argumento de defesa em face de denúncias de abuso sexual infantil praticado por um dos genitores. Tal pesquisa busca responder o seguinte questionamento: A Lei de Alienação Parental pode desestimular as denúncias de abuso sexual infantil praticado por um dos genitores?

Para responder tal questionamento, o trabalho foi dividido em três capítulos: no primeiro descreve-se de forma sucinta a Síndrome de Alienação Parental. No segundo capítulo, será estudado o teor da norma em vigor no Brasil, e no terceiro capítulo será analisada a possibilidade de desvio do objetivo da norma em caso de denúncia de abuso sexual praticado por um dos genitores.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de desvio do objetivo central da norma, que é proteger as relações familiares da criança no contexto de um divórcio, conforme o princípio do melhor interesse da criança.

Os objetivos específicos do presente trabalho são estudar o contexto de criação da tese da Síndrome de Alienação Parental, considerando sua relevância científica; analisar os aspectos da Lei 12.318/2010, bem como os reflexos decorrentes de sua aplicação em nosso ordenamento jurídico e identificar pontos negativos em especial no que se refere às denúncias de abuso sexual praticado por um dos genitores.

A pesquisa tem como referencial teórico o trabalho da jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor (2011), Souza (2019), e, o criador da teoria ora estudada, Richard Gardner (2002).

A metodologia de pesquisa utilizada foi predominante de cunho bibliográfico, realizada através de análise de livros e produção acadêmica sobre o tema. Diante da problemática apresentada, optou-se por realizar pesquisa por abordagem qualitativa, visto que é o tipo de pesquisa que predomina na área jurídica, pois se permite a análise dos dados sob a ótica do investigador.

## **1.A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

A Síndrome da Alienação Parental – SAP é um termo que surgiu nos Estados Unidos, em meados dos anos 80, sendo definida pelo professor de psiquiatria infantil da Universidade de Columbia – EUA Richard Gardner como sendo:

um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação

preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificção. (GARDNER, 2002).

Para Gardner (2002), a SAP resultaria do conjunto de instruções dadas por um dos genitores, através de uma espécie de “lavagem cerebral” feita na criança, para que esta passe a cultivar um sentimento de rejeição perante o outro responsável. De acordo com o psiquiatra, o contexto no qual se verifica uma maior ocorrência de tais práticas vem a ser nos casos de divórcios litigiosos, em que há disputas judiciais pela regulamentação da guarda e das visitas aos filhos.

Segundo Rolf Madaleno (2018), tais atos são direcionados contra o genitor que não detém a guarda, conhecido como alienado, e podem ser realizados de diversas maneiras, onde o genitor-alienante passa a manchar a imagem do outro perante a criança, utilizando-se de comentários suaves, indelicados e desagradáveis, manipulando o menor para que este se sinta inseguro na presença do outro progenitor, valendo-se até mesmo de chantagens emocionais e ameaças para prejudicar o vínculo existente entre pai e filho.

Muito se discute acerca da manifestação da SAP no que se refere aos papéis de genitor-alienante e genitor-alienado. Trindade (2017) afirma que a Síndrome da Alienação Parental se manifesta principalmente em ambientes onde a mãe é a pessoa alienante. Isto decorre da tradição que recomenda o cuidado dos filhos menores as mães, visto que estas seriam mais indicadas para exercer a guarda das crianças. Entretanto, esta circunstância não deve ser tida como regra, visto que qualquer um dos genitores poderá se tornar um alienante e alienado.

Gardner (2002) elencou ainda um conjunto de sintomas, de leves a moderados, que aparecem nas crianças que sofrem atos considerados como alienação, são eles:

- I. Uma campanha denegritória contra o genitor alienado.
- II. Racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para a depreciação.
- III. Falta de ambivalência.
- IV. O fenômeno do “pensador independente”.
- V. Apoio automático ao genitor alienador no conflito parental.
- VI. Ausência de culpa sobre a crueldade a e/ou a exploração contra o genitor alienado.
- VII. A presença de “encenações encomendadas”.
- VIII. Propagação da animosidade aos amigos e/ou à família extensa do genitor alienado.

Apesar de serem elencados oito sintomas, o psiquiatra afirma que não necessariamente se verificarão todos juntos, principalmente nos casos menos graves. Já quando os casos leves progridem para moderado ou severo, a probabilidade de se verificarem a maioria ou até mesmo todos os sintomas é maior. Isso se deve ao fato de que as crianças assemelham-se umas as outras, o que tornaria o diagnóstico mais fácil e preciso. (GARDNER, 2002).

Embora o estudo acerca da SAP tenha se espalhado pelo mundo, o trabalho de Gardner foi duramente criticado por instituições e profissionais de saúde mental. Uma das críticas diz respeito ao fato de que Gardner fez carreira como psiquiatra forense, atuando em mais de 400 (quatrocentos) casos de divórcio litigioso, fazendo crer que teria criado a SAP para utilizá-la como arma de defesa nos processos que atuava. (A PÚBLICA, 2017).

Outro ponto a ser ressaltado é o fato da SAP não ser considerada uma síndrome propriamente dita, mesmo possuindo tantos apoiadores. Isso decorre do fato de que a SAP não foi incluída na lista que elenca todos os distúrbios mentais já identificados, conhecido como Manual de diagnóstico e estatística dos transtornos mentais (DSM-5). (A PÚBLICA, 2017).

Por esse motivo, o Brasil não reconheceu o termo síndrome, decorrente da teoria de Richard Gardner, entretanto, a tese serviu como base para a criação da Lei nº 12.318/2010, que versa sobre a Alienação Parental. (Machado, 2019).

É importante destacar que apesar de serem considerados sinônimos, os conceitos da Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental propriamente dita não se confundem, conforme se vê abaixo:

Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às seqüelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. (Fonseca, 2007).

Deste modo, verifica-se que a SAP diz respeito à conduta do menor em se distanciar do genitor alienado, sofrendo com as consequências emocionais decorrentes do rompimento do vínculo entre a criança e seu progenitor. Enquanto a Alienação propriamente dita se refere aos atos praticados por um dos genitores visando o afastamento do outro progenitor da vida do filho.

Conforme já mencionado, tanto a SAP quanto a Alienação Parental apresentam maior incidência nas situações em que há a dissolução matrimonial, principalmente quando se verifica uma disputa acalorada pela guarda da criança. Esses conflitos acabam por fazer criar entre os genitores, ou apenas um deles, um sentimento de animosidade, o qual, ao decorrer do tempo, passa a influenciar o vínculo dos progenitores com os filhos. (Figueiredo, 2013).

É imperioso destacar que as condutas tidas como Alienação Parental não ocorrem apenas nas relações entre pais e filhos, podendo, tal prática, ser realizada por outros familiares, como, por exemplo, os avós, madrastas, tios e qualquer outra pessoa que tenha a criança sob sua autoridade, guarda ou vigilância.

Deste modo, nota-se que o instituto da Alienação Parental é tão amplo quanto às relações familiares, de parentesco e por afinidade, existentes em nossa sociedade. Além disso, é cedido que este fenômeno sempre existiu, razão pela qual o nosso ordenamento jurídico, mais especificamente o Direito Civil, já previa meios para a detenção de tais práticas, apesar de apresentar certas lacunas que foram supridas após a promulgação da Lei nº 12.318/2010. (Figueiredo, 2013).

Apesar da possibilidade de reconhecer a ocorrência da Alienação Parental e a importância de seu combate, a tese de Gardner foi muito criticada no âmbito de sua aplicação, uma vez que a mesma não foi incluída no Manual de Transtorno Psiquiátricos (DSM-V), bem como ausente o reconhecimento do seu diagnóstico pela Organização Mundial de Saúde.

Ademais, a elaboração da lei ocorreu à sem aval do Conselho Federal de Psicologia, que criticou duramente os diagnósticos da síndrome, bem como a judicialização do mesmo, apontando que as dificuldades de relacionamento e recusa de crianças em conviver com um dos genitores são motivadas por causas multifatoriais, não necessariamente geradas por campanhas de difamação planejadas contra o outro genitor.

Conforme entendimento de Madaleno (2017) a definição e delimitação do conceito sobre a alienação parental é uma tarefa complexa, visto que envolve conflitos familiares que provêm de aspectos emocionais e psicológicos das partes envolvidas que não necessariamente estão interligados com o divórcio dos genitores.

No projeto de Lei sobre a Alienação Parental, os legisladores tentaram delimitar e prever sanções para condutas que obedecem a uma dinâmica peculiar e privada, em circunstâncias em que é difícil definir parâmetros, pois cada família possui uma dinâmica peculiar no caso concreto. A judicialização de conflitos familiares por



si só já é prejudicial para as partes envolvidas, complicando-se ainda mais quando se discute acusações e disputas de poder entre os pais da criança ou adolescente. A possibilidade de mediação não foi contemplada na Lei de Alienação Parental.

A Síndrome de Alienação Parental é alvo de diversas críticas contundentes, inicialmente direcionadas à atuação de Richard Gardner em processos de disputa da guarda, que sempre atuava em favor de homens, além de, em grande parte de seus trabalhos, desqualificar as mulheres, acusando-as de mentir em suas denúncias de abusos e/ou maus tratos.

Suas publicações contêm posicionamentos polêmicos sobre temas como pedofilia e incesto, tratando tais condutas como normais. Suas teses também apresentam sinais de discriminação das mulheres, sexismo, misoginia, com posicionamentos pró-pedofilia e relativização de abuso infantil. Suspeita-se que sua tese foi desenvolvida com intuito de facilitar a defesa de pais abusadores, desqualificando as denúncias das mães, de forma diametralmente oposta ao princípio do melhor interesse da criança.

Há diversas autoridades do Direito que criticam tal síndrome, como a ex-juíza do Tribunal Constitucional português Maria Clara Sottomayor (2011), que questiona sua validade científica e considera que a teoria apresenta “soluções fáceis e lineares para resolver problemas complexos, simplificando o processo de tomada de decisão”. Sobre o tema, a jurista destaca:

A investigação científica sobre o impacto do divórcio nas crianças e a experiência dos profissionais que lidam com as famílias revelam que a recusa da criança é uma reacção normal ao divórcio e que assume um carácter temporário. A maneira de os tribunais lidarem com a recusa da criança tem que ser cautelosa, entrando em diálogo com ela para conhecer os seus motivos, sem impor medidas pela força, as quais só vão aumentar o conflito e reforçar o sofrimento da criança. O fenómeno da recusa das crianças à relação com um dos pais é sempre multi-factorial, não resultando de uma só causa, como pretende a tese da síndrome da alienação parental, que faz a rejeição da criança derivar necessariamente de uma campanha difamatória levada a cabo por um dos pais contra o outro. (Sottomayor, 2011).

## **2.A ALIENAÇÃO PARENTAL NO ÂMBITO DIREITO BRASILEIRO: LEI 12.318/2010.**

Conforme já mencionado, o estudo acerca da Síndrome da Alienação Parental se espalhou pelos tribunais em todo o mundo e apesar de não ser reconhecido o termo síndrome pelo Brasil, a pesquisa serviu de inspiração para a elaboração da Lei nº 12.318/2010. Também conhecida como Lei de Alienação Parental, essa norma surgiu como uma nova ferramenta para os operadores do direito, de modo a suprir a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico atinente ao enfrentamento da alienação parental, objetivando a defesa dos direitos das crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal. (Souza, 2018).

O projeto de Lei nº 4.053/08, apresentado pelo deputado Régis de Oliveira, apresentava como principal objetivo inibir a ocorrência da alienação parental, bem como os atos que viessem a prejudicar o vínculo existente entre o filho e seus genitores. (Brasil, PL, 2008).

Após o devido trâmite, o projeto de Lei foi aprovado e a Lei de Alienação Parental foi promulgada em agosto de 2010, entrando em vigor na data de sua publicação, e, trouxe consigo um acervo de informações acerca do instituto da Alienação Parental, inclusive as formas de punição quando verificada a prática de atos reconhecidos como sendo de alienação.

O artigo 2º, CAPUT, define o que vem a ser um ato de alienação, conceituando como sendo

a interferência realidade na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (Brasil, 2010).

O parágrafo único deste mesmo artigo prevê ainda um conjunto de condutas consideradas como alienação parental, sem prejuízo das ações reconhecidas pelo juiz ou constatadas mediante perícia, são elas:

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV- dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V- omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (Brasil, 2010).

Outro tópico bastante relevante na referida norma diz respeito às penalidades que o progenitor poderá sofrer caso fique comprovada a realização de condutas de alienação parental, podendo, até mesmo, ser retirada sua autoridade parental, em decorrência da gravidade ou reiteração da prática da alienação.

Apesar de muitos questionamentos acerca da imprescindibilidade de sua modificação, a Lei de Alienação Parental apresenta apenas duas mudanças desde sua elaboração, mais precisamente dois de seus artigos que foram vetados quando ainda tramitava o Projeto de Lei nº 4.053/08.

Seu artigo 9º previa a possibilidade de realização de mediação para a solução dos litígios familiares, priorizando-se o acordo para regulamentar as questões controvertidas entre os progenitores. Contudo, essa proposta não foi aprovada, pois contraria a aplicação do princípio da intervenção mínima, no qual, as medidas utilizadas para garantir a proteção da criança e adolescente deveriam ser exercidas exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável. Outro ponto citado diz respeito ao fato da convivência familiar se tratar de um direito indisponível, o qual não poderá ser apreciado por meio extrajudicial. (Brasil, 2010)

Já o artigo 10 acrescentava um parágrafo único ao artigo 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se previa uma pena para quem apresentasse falso relato a autoridade judiciária, membro do conselho tutelar ou representante do MP, com o intuito de restringir a convivência da criança ou adolescente com seu genitor. O motivo para seu veto foi o fato de já existirem mecanismos de punição suficientes para evitar a prática de atos de alienação parental, de modo que os efeitos dessa

nova pena poderiam até mesmo ser prejudiciais à própria criança ou adolescente, dificultando assim, a efetivação do que se objetiva com a referida Lei.

Assim, mesmo com diversas críticas a Lei 12.318/2010, além de muitos pedidos de alteração e até mesmo revogação de seu texto legal, desde sua promulgação não foi alterado nenhum dispositivo. Recentemente, a senadora Leila Barros (PSB-DF) apresentou um projeto de lei que promove o aprimoramento da referida norma, baseado nas sugestões enviadas por coletivos e associações de mães interessadas no tema. (Metrópolis, 2020).

O projeto de lei foi aprovado em fevereiro de 2020 pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) e a proposta seguiu para análise junto a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), não apresentando quaisquer atualizações até o presente momento.

Conforme já explanado anteriormente, a Síndrome da Alienação Parental, elaborada por Richard Gardner, espalhou-se pelo mundo, influenciando nas decisões proferidas pelos tribunais de variados países. Vale ressaltar que, apesar de não terem sido criadas leis propriamente ditas para a resolução dos conflitos provenientes da Alienação Parental, a teoria de Gardner foi amplamente utilizada e aplicada em normas já vigentes e na tendência de julgamento dos tribunais.

No Brasil, é incontroverso que a Lei nº 12.318/2010 foi desenvolvida com grande influência da pesquisa de Gardner acerca da Síndrome da Alienação Parental. Entretanto, diversos países elaboraram e até mesmo já revogaram leis com a mesma temática, como o México, Uruguai e Catalunha. Segundo Sottomayor (2011), "Esta teoria nunca foi aceite nos EUA, com o valor de precedente judiciário, mas continua a funcionar como uma sedução para os Tribunais, nalguns países, e também em Portugal, [...]".

Diante todo o exposto, é incontroverso que a teoria fomentada por Richard Gardner é polêmica, sem muito embasamento científico concreto, formulada com argumentos controversos, que somados à sua conduta como profissional tornam extremamente frágil à teoria da Síndrome de Alienação Parental. Do mesmo modo, a Lei nº 12.318/2010 demonstra-se um instrumento ambíguo que pode respaldar verdadeiras injustiças, sendo uma das mais graves forçar a manutenção do contato de uma criança abusada por seu genitor, ou até mesmo embasar a retirada do poder pátrio do progenitor que denunciou o abuso, sob a justificativa de que este realizou falsa denúncia de abuso sexual.

### **3.0 DESVIO DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 12.318/2010 NAS DENÚNCIAS DE ABUSO SEXUAL INFANTIL**

Apesar do contexto que a Lei de Alienação Parental no Brasil foi criada, é preferível crer que os objetivos da mesma são nobres, no caso, defender o melhor interesse da criança e sua proteção integral. Entretanto, seu campo de atuação é bastante delicado, pois busca tutelar dinâmicas internas familiares situadas em uma disputa gerada por o fim de um relacionamento amoroso, o que por si, deixa os ânimos das partes à flor da pele.

O contexto que a legislação atua é belicoso, trata-se de uma disputa que envolve egos, mágoas, onde o menor pode ser tornar uma “moeda de troca” utilizada para chantagens e ameaças, com único intuito de ferir um dos lados do relacionamento acabado. A caracterização de manipulação da criança por uma das partes é de difícil constatação, necessita de laudos de assistentes sociais e psicólogos.

Somado a esse contexto, os estudos que a embasaram carecem de validação científica, além do comportamento questionável de seu mentor. Outro problema é que seu texto apresenta disposições e lacunas que podem gerar um mau uso da legislação, podendo ser especialmente prejudicial à mãe (que geralmente fica com o filho) ou à criança, que seria supostamente o maior tutelado pela norma.

A situação se complica ainda mais quando há acusação de abuso sexual por parte de um dos progenitores. Neste contexto, quando um dos genitores constata que o filho foi vítima de abuso por parte do outro genitor, e o denuncia, abre-se uma brecha na legislação que pode vir a prejudicar a criança, visto que o genitor abusador pode valer-se de dispositivo da Lei de Alienação Parental, que descreve como uma das formas exemplificativas a seguinte possibilidade: “VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; [...]” (BRASIL, 2010)

A confirmação de abuso sexual nem sempre é fácil, assim como a constatação da suposta Síndrome de Alienação Parental. Diante destas dificuldades, a criança é a maior prejudicada, sendo objeto de disputa em conflitos de seu lar, estendido às esferas judiciais. Diante destas brechas e instabilidades, há casos em que o progenitor abusador utiliza-se da Lei de Alienação Parental pra eximir-se do crime que é imputado. Nesse sentido:

A aplicação da referida lei foi e é um elemento de agressão física e psicológica não só as mães, mas também as crianças. Com esta lei, as denúncias de abuso sexual de vulnerável,

encontraram nela um forte aliado para defesa. O abusador, para eximir-se do crime, alega alienação parental, invertendo as posições no processo, onde a denunciante, geralmente as mães tornam-se réus e os pais são vistos como vítimas, “bonzinhos”, e a criança é colocada em risco de vida, acontecendo inúmeros casos de crianças que são mortas pelos pais e madrastas. (ALONSO, 2016)

Ainda nas palavras de Alonso (2016), sobre a Lei de Alienação, esta “tem mais o intuito intimidatório e penalizador, na medida em que o Estado se levanta contra o cônjuge que quer a proteção da criança, favorecendo o abusador, [...]”. Vê-se que o processo pode se tornar instrumento de perpetuação de controle e autoridade praticados pelo agressor em face das vítimas. Pode-se afirmar que:

está ocorrendo um considerável uso da justiça e uma excessiva transformação de lides em doença psicológica, as quais não viriam a ser, seriam apenas fatos que na maioria das vezes se enquadrariam perfeitamente em problemas advindos de fins de relacionamentos e que deveriam ser solucionados entre as partes visando os interesses principalmente ao que diz respeito aos filhos em questão. (ESTARQUE, 2018).

Vê-se, portanto, que tanto a Síndrome de Alienação Parental quanto à Lei de Alienação Parental editada no Brasil em vez de proteger a integridade da família e o melhor interesse da criança acaba fundamentando litigâncias abusivas, banalizando e invocando o Poder Judiciário sem necessidade, e principalmente, desvirtuando a finalidade da lei, a ponto de fragilizar a proteção da criança e do adolescente.

É frequente que um dos progenitores, de má-fé, entre com uma ação autônoma ou incidental alegando ser vítima de alienação parental, objetivando induzir o outro genitor a fazer algo de seu interesse, como obter acordo de pensão alimentícia, sob a ameaça de ser punido pela lei com a perda de guarda da criança. Constantemente, em ações judiciais que discutem custódia de filhos, reversão de guarda e direito de visita são utilizados erroneamente o argumento da alienação parental por uma das partes, com o intuito de assediar, induzir, chantagear, intimidar e obter vantagens patrimoniais. (SOUZA, 2019)

Deste modo, as Varas de Família vêm tendo seus fins desvirtuados, sendo instrumento de afronta entre cônjuges interessados em atingir um ao outro, ou até mesmo, encobrir abusos e crimes. O Judiciário acaba se tornando conivente com falsas acusações de Alienação Parental, que podem acarretar consequências sérias,

como em casos que envolvem denúncia de abuso sexual cometido por um genitor contra o filho. Quando um pai ou mãe descobre um crime desta natureza, e decide denunciar às autoridades, está sujeito a ser acusado de realizar denúncia falsa e ser considerado alienador.

Tais casos tornam-se comuns pelo fato de que o abuso sexual é um crime de difícil constatação, pois acontece de forma discreta, entre quatro paredes, e em muitos casos, não deixa vestígios. Ademais, por ser praticado em face de uma criança/adolescente, torna-se ainda mais complicado a obtenção do relato da vítima, que em geral nem sabe que a prática é errada, além de que abusadores pedem segredo ou intimidam suas vítimas para que estas permaneçam em silêncio. Deste modo, conforme a experiência da advogada Patrícia Alonso (2019), após a denúncia: “a vida da mãe ou pai que teve esse cuidado, transforma-se um inferno. A parte contrária, por seu advogado ou até mesmo por instrução deste, alega em sua defesa que o crime não aconteceu e que está havendo “alienação parental”

Sobre o tema, a Promotora Valéria Scarance (*Apud* Eiras, 2018) dispôs:

O artigo 2º dessa lei especifica que é considerado alienação parental “apresentar falsa denúncia contra genitor para obstar ou dificultar a convivência dele com a criança ou adolescente”. Em casos de abuso sexual, o trecho pode deixar os denunciadores do processo de mãos atadas. “Quando mães noticiam violências sexuais contra seus filhos e não existe um laudo positivo, elas são quase automaticamente interpretadas como alienadoras”.

Desta forma, tem-se verificado um prejuízo às partes mais frágeis da relação processual, verdadeiras afrontas à dignidade da mulher e aos princípios basilares de proteção à criança e ao adolescente. Nesse sentido Sottomayor (2011):

“Tem sido denunciado, nos EUA , que a teoria de GARDNER, fazendo crer que se verifica uma epidemia de denúncias falsas de abuso sexual de crianças, nos processos de divórcio, ao contrário do que indicam os estudos sobre o tema, e tornando patológico o exercício de direitos legais por parte da mulher que defende os seus filhos, contribuiu para a desvalorização da palavra das crianças e para a invisibilidade da violência contra mulheres e crianças, assumindo um significado ideológico muito claro: a menorização das crianças e a discriminação de gênero contra as mulheres. Conforme afirma a Organização Nacional de Mulheres contra a Violência (NOW), nos EUA: ‘(...)

o psiquiatra GARDNER criou o conceito de SAP e os advogados utilizam-no, na justiça, como uma estratégia defensiva dos agressores de mulheres e dos predadores sexuais, como forma de explicar a rejeição da criança em relação a um dos progenitores ou para invalidar alegações de violência ou de abuso sexual contra este progenitor, deslocando a culpa para o progenitor protector”.

A má-fé de alguns genitores e profissionais do direito pode ser verificada através de depoimento de denunciante, como se vê no trecho de matéria publicada por Sampaio (2019), disponibilizada pelo *site* Agência Patrícia Galvão:

O filho de Luciana era pouco mais que um bebê e já sofria comprovado abuso sexual do pai, quando ela descobriu que a lei 12.318, de combate à alienação parental, “não passa de um embuste”. Alienação parental é o processo de manipulação psicológica de uma criança para que ela passe a ter medo, rejeição ou desprezo pelo pai ou mãe.

Criada em 2010, supostamente para proteger a criança, a lei costuma ser usada pela defesa do abusador para mostrar que quem denuncia está praticando alienação parental. Seria uma tentativa da mãe de desqualificar o pai. Luciana diz que, se fosse hoje, “não faria a denúncia de jeito nenhum”. “Tentaria resolver de outro jeito. O resultado desse processo é que meu filho ficou muito mais exposto a um abusador.”

Outro relato semelhante, publicado por Chiaverini (2017), no *site* A Pública:

Enquanto era investigado por estupro de vulnerável, o pai de Igor abriu um processo na vara da família. Alegava que a mãe estava promovendo uma campanha de difamação para afastá-lo da criança, e pedia a guarda do menino. Enfurecida, Iolanda procurou aconselhamento de advogados e de conhecidos que trabalhassem no meio jurídico. De todos escutou o mesmo alerta: para tomar cuidado, que se fosse adiante com as acusações correria o risco de perder a guarda do filho. Ela respondia que não era possível, que havia provas concretas, que a Justiça não deixaria uma criança à mercê de um abusador, que estavam todos malucos. Não estavam. O processo movido pelo pai suspeito de abuso lançava mão da



Lei 12.318, de agosto de 2010. Conhecida como lei de alienação parental, ela foi criada com o objetivo de impedir que, em casos de divórcio, um cônjuge sabote a relação do outro com os filhos. Dificultar o contato da criança com o genitor, mudar de endereço sem justificativa, ou apresentar falsa denúncia são exemplos de alienação parental previstos na lei. Acontece que provas nos casos de abuso sexual são extremamente difíceis de obter. O crime quase sempre ocorre entre quatro paredes, muitas vezes não há ferimentos, a janela para colher material genético do agressor no corpo da vítima é de 24 horas, os depoimentos das crianças são difíceis de obter e frequentemente carecem de objetividade. Fica fácil, para a defesa, argumentar que as acusações são falsas, e a ausência de provas de abuso se torna prova de alienação parental. Como uma das punições previstas é a inversão de guarda, as crianças, supostamente vítimas, muitas vezes acabam entregues aos suspeitos.

A partir da análise das jurisprudências publicadas pelos Tribunais Superiores, verifica-se uma forte tendência em se utilizar a Lei nº 12.318/2010 como tese de defesa em processos em que o genitor é acusado de praticar o crime de abuso sexual infantil contra a prole. Neste sentido temos o Recurso Extraordinário interposto ao STF pelo genitor acusado por abusar sexualmente de sua filha (ARE n. 1228143, Relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe 30.8.2019). O crime foi noticiado pela genitora e mesmo tendo sido apresentado laudo pericial bem como laudos psicológico, psiquiátrico e psicossocial, elaborados por profissionais, uma das teses utilizadas pela defesa foi a de que a mãe estaria praticando atos de Alienação Parental, influenciando a criança nos relatos de abuso. Neste caso, as provas documentais bem como testemunhais e o relato da vítima se mostraram imprescindíveis para a manutenção da sentença condenatória em face do genitor, conforme se verifica a seguir:

A autoria, ao meu ver, está respaldada pelas provas testemunhais e pelos laudos psicológico, psiquiátrico e psicossocial apresentados nos autos, os quais foram uníssonos em concluir que a vítima apresenta todos os sinais característicos de violência sexual. Corroborando com tal afirmativa, os Relatórios Sociais apresentados pela acusação, oriundos do Projeto Lumiar, pertencente à Prefeitura Municipal de Marituba, assim como a Análise Social realizada pela Equipe Multiprofissional da 1ª Vara Penal da Comarca de Ananindeua,

conduziram para a conclusão de que a vítima foi coerente e segura nas revelações sobre o crime, e que não sofreu alienação parental por parte de sua genitora, uma das principais teses sustentadas pela defesa, qual seja, de que a mãe e sua família teriam influenciado a menor a contar essa grave inverdade. Em sendo assim, os laudos psicológicos reforçam a credibilidade a ser atribuída aos relatos da vítima, inclusive em Juízo. Reforço, o relatório das equipes técnicas também não apontaram qualquer fantasia infantil ou manipulação de adultos nas narrativas da criança, o que facilmente poderia ter sido notado pelas profissionais, que criaram o ambiente propício para que a criança fosse espontânea, ou seja, os psicólogos e assistentes sociais já concluíram que a criança não poderia estar mentindo em todos os momentos em que foi ouvida, o que seria percebido por eles. Nesse ponto, destaco a tese da defesa de que a criança é tão influenciada pela mãe e sua família que conseguiu enganar todos os profissionais da área, com experiência, inclusive nesse tipo de fato, levando a uma acusação fantasiosa.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale ressaltar um agravo interno interposto pelo genitor acusado da prática do crime de estupro de vulnerável contra seu filho (AgRg nº 1.078.699 – BA, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma). Assim como no caso anterior, mesmo estando comprovada a materialidade e autoria do crime mediante a realização de Laudo de Exame Percial, bem como outras provas obtidas durante a fase policial, a tese principal utilizada pela defesa foi suposta prática de alienação parental por parte da avó da criança. Vejamos:

Trata-se de agravo interno interposto por P L P contra a decisão de e-STJ fls. 698/702, que conheceu do seu agravo para não conhecer do recurso especial, em razão da incidência da Súmula 7/STJ. Em suas razões recursais, a defesa alega não se tratar de hipótese de reexame fático-probatório, mas de reavaliação de prova especificamente admitida e delineada no acórdão recorrido. Reafirma, ainda, a tese do recurso especial de que o estupro não ocorreu, sendo o depoimento do menor fruto de alienação parental realizada pela avó da criança contra o agravante.

[...]

E mais, o laudo pericial destacado à fl. 11, dando sustentáculo a todo o acervo probatório suso analisado, consigna que a vítima, efetivamente, sofreu ato libidinoso concernente à prática de penetração anal. O Réu, por seu turno, não se desincumbiu de refutar as acusações que recaíram sobre sua pessoa, e nem mesmo apresentou uma versão plausível para sustentar a sua inocência. Com efeito, a versão trazida em Juízo, onde busca se eximir de sua responsabilidade pelo crime praticado, encontra-se em total divergência com as demais provas coletadas nos autos, o que torna sua alegação desprovida de elementos que a consubstanciem, não podendo, desta forma, tê-la como verdadeira, por se encontrar sem qualquer respaldo. Assim, considerando o acervo probatório produzido em juízo, bem como as informações colhidas na fase extrajudicial, o reconhecimento da materialidade delitiva e autoria do Recorrente c de rigor. Nestes termos, incabível o pugno absolutório.

Por último, em âmbito estadual, temos um Recurso de Apelação Criminal interposto ao Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no qual, mais uma vez se verifica a alegação de prática de alienação parental supostamente realizada pela mãe após acusação de estupro de vulnerável, conforme se verifica abaixo:

Verbera que o laudo de avaliação psicológica apenas teria transcrito os fatos narrados pela genitora da vítima e por esta, apresentando-se inconsistente, o que, junto aos demais argumentos, corroborariam a tese do Autor de não ser ele o autor do estupro cometido contra aquela.

Tece vários comentários a respeito de alienação parental, afirmando que a genitora da vítima teria atribuído a conduta criminosa à sua pessoa para vingar-se por "ter seu intuito frustrado" quando este não reatou com ela o relacionamento que antes mantinham, circunstâncias que levantariam dúvidas quanto à autoria, impondo a absolvição sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Ao proferir o acórdão, assim como nos outros dois processos apresentados anteriormente, o órgão colegiado optou por manter a condenação diante da confirmação da autoria e materialidade do crime através dos laudos pericial e psicológico realizados.

A maior dificuldade enfrentada em situações como esta se deve ao fato de que em muitos casos, o crime não deixa vestígios suficientes para sua detecção pericial, restando apenas à palavra da vítima, que em muitos casos, diante da ausência de profissionais capacitados, acaba por ser desconsiderada.

Diante o exposto, é evidente a fragilidade da teoria que embasa a Lei de Alienação Parental, bem como suas lacunas e falhas de interpretação, que subvertem o objetivo da Lei de ser um instrumento que atenda o princípio do melhor interesse da criança, e transforma-se num instrumento de tortura e punição às mães que denunciam o abuso sexual que seus filhos sofreram, bem como embasa interesses indignos de um genitor(a) com desejo de vingança, visto que, conforme já explanado anteriormente, é incontroversa a tendência crescente da utilização do instituto da alienação parental como mecanismo de defesa diante acusações de abuso sexual infantil praticado pelo genitor.

### **3.1 Sobre o atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança**

Os direitos das crianças são de grande relevância mundial, desde a Convenção dos Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989, à Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil e Penal. Um dos princípios mais relevantes é o melhor interesse da criança. Tal disposição guia valores jurídicos trazendo uma proteção integral à criança e ao adolescente, conferindo o à criança e ao adolescente o tratamento como sujeito e cidadãos.

Entretanto, apesar de garantido, quando há denúncia de abuso sexual contra um dos genitores, e a parte acusada utiliza como argumento a alienação parental, todos os princípios e normas que tutelam a família, a criança e o adolescente são totalmente desconsiderados. Nesse sentido:

A SAP coloca as mães numa encruzilhada sem saída: ou não denunciam o abuso e podem ser punidas por cumplicidade, ou denunciam e podem ver a guarda da criança ser entregue ao progenitor suspeito ou serem ordenadas, em relação a este, visitas coercivas. Os Tribunais, como está já a acontecer

na jurisprudência portuguesa, quando retiram a guarda da criança à mãe, em casos de alegações de abuso sexual não provadas em processo-crime, estão a transmitir às mulheres, como um todo, a mensagem de que, em caso de suspeita de abuso sexual, a resposta adequada de uma boa mãe é o silêncio. Esta situação perpetua a impunidade dos abusadores

e o sofrimento das crianças, provocando um retrocesso na evolução recente de aumento de denúncias. (Sottomayor, 2011)

Desta forma, havendo alegações de abuso sexual, é de bom alvitre que os Tribunais priorizem a segurança física e mental das crianças e adolescentes, suspendendo visitas e investigando com seriedade a veracidade das acusações de ambos os lados. É indiscutível que as sequelas psicológicas de abuso sexual são extensas, devendo, portanto, ser priorizada a proteção da criança em face de um crime, tendo em vista a fragilidade da teoria proposta por Gardner, amplamente demonstrada neste artigo.

## **CONCLUSÃO**

O presente trabalho realizou um estudo a respeito da Síndrome de Alienação Parental e a Lei 12.318/10, que dispõe sobre o instituto da Alienação Parental no Brasil, objetivando diagnosticar a real efetividade da norma, se ela de fato vem protegendo o interesse das crianças e adolescentes contra abusos físicos e psicológicos por parte de um de seus genitores, ou se vem servindo a meios escusos.

Trata-se de uma pesquisa relevante, vez que seu fim é de suma importância, devendo averiguar se o princípio do melhor interesse da criança vem sendo respeitado pelos tribunais brasileiros. Após minuciosa pesquisa, pode-se concluir de início, que a Síndrome de Alienação Parental é uma tese com fundamentos rasos, que envolve muitas polêmicas em sua utilização através de seu mentor Richard Gardner. Os laudos psiquiátricos confeccionados por Gardner em processos judiciais, em sua maioria apresentavam teor misógino e sexista. Em seus trabalhos acadêmicos, ele mantinha posicionamentos polêmicos pró-pedofilia e tentava normalizar relações incestuosas.

Como a Lei brasileira foi criada com base nesta teoria frágil, é evidente seu teor também apresentaria lacunas e inconsistências capazes de prejudicar crianças, adolescentes e os genitores que denunciem abuso sexual praticado pelo outro genitor. A lei apresenta sanções, como a mais grave a declaração de suspensão da autoridade parental, o que permite que a lei de alienação parental seja utilizada como defesa em caso de abuso sexual praticado por genitor. Tal brecha mostra-se inadmissível, vez que as sequelas físicas e psicológicas de abuso sexual são infinitamente superiores que um suposto trauma motivado por alienação parental.

Não é segredo que em um processo de separação/divórcio há um desgaste imenso entre o ex-casal, um terreno fértil para ofensas e acusações de todos os

níveis. Obviamente, não é o comportamento ideal, mas é a natureza humana, falha e desejosa de vencer uma disputa em que não há vencedores. Não é correta a realização de campanhas difamatórias contra um dos genitores, todavia, a legislação busca tutelar situações delicadas, de difícil identificação, levando ao Judiciário questões que são naturais numa separação e consequente reorganização da vida de cada membro do casal.

É certo que a tentativa de induzir criança ou adolescente a odiar um dos genitores é reprovável, mas a subversão de normas e princípios para fins criminosos, permitindo que vítimas de violência sexual e denunciantes sofram represálias são situações absurdas. A fragilidade da tese de Gardner e da Lei brasileira reflete-se nessas lacunas que ensejam graves injustiças em nome de uma falsa proteção.

Por todo o exposto, conclui-se que diante da possibilidade de má-utilização da norma é ideal que a mesma seja revogada, pela falta de embasamento científico da tese que criou a alienação parental, seguindo o exemplo de inúmeros países, ou, caso permaneça no ordenamento jurídico pátrio, que seja alterada no sentido de excluir ou acrescentar disposições que protejam expressamente os casos de denúncia envolvendo abuso sexual por parte de genitor.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO, Patricia. **Alienação Parental: o lado obscuro da justiça brasileira**. São Paulo: Editora e Gráfica Assaí, 2016.

BRASIL, **Lei n. 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei n.8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Acesso em: 1 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo ARE 1228143/PA- Pará. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, julgado em 28/08/2019. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1020515/false>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.078.699 - BA. Relatora: Ministra Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 31/05/2017. Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700802603&dt\\_publicacao=31/05/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700802603&dt_publicacao=31/05/2017)>. Acesso em: 9 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Apelação Criminal nº 0002269-29.2016.827.0000. Relatora: Juíza Célia Regina Regis, julgado em 11/07/2016. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tjto.jus.br/documento?uid=f046a4c1dace3eadcdacf90bcaa948a4&options=%23page%3D1>>. Acesso em: 9 nov. 2020.

CHIAVERINI, Tomás. **Lei expõe crianças a abuso**. A Pública. 24 jan. 2017. Disponível em: <<https://apublica.org/2017/01/lei-expoe-criancas-a-abuso/>>. Acesso em 9 nov. 2020.

EIRAS, Natália. **Como a lei da alienação parental pode estar sendo usada por abusadores**. [S.l.], 24 out. 2018. Informação postada no site Agência Patrícia Galvão, no hiperlink artigos. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/como-a-lei-da-alienacao-parental-pode-estar-sendo-usada-por-abusadores/>>. Acesso em: 29 out. 2019.

ESTARQUE, Marina. **Entenda a lei de alienação parental e as punições previstas a pais e mães**. São Paulo, 24 ago. 2018. Informação postada no site Folha de S. Paulo, no hiperlink artigos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/entenda-a-lei-da-alienacao-parental-e-as-punicoes-previstas-a-pais-e-maes.shtml>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Síndrome de alienação parental**. Revista Brasileira de Direito de Família. 2007. Disponível em: <<https://repositorio.usp.br/item/001688128>> Acesso em: 20 out. 2018.

GARDNER, Richard A. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental**. Net. 2002. Disponível em: <[www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap](http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap)> Acesso em: 30 out 2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes e MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância da detecção com seus aspectos legais e processuais**. 5ª Ed. Forense: Rio de Janeiro. 2017.

SAMPAIO, Paulo. **Alienação parental: para mães, judiciário é conivente com abuso sexual**. 2019. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/destaques/alienacao-parental-para-maes-judiciario-e-conivente-com-abuso-sexual/>> Acesso em 8 de novembro de 2020.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos de sua utilização nos Tribunais de família**. In. Coimbra Editora Julgar, [S.l.], n. 13, 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp->

content/uploads/2015/10/073-107-Aliena%C3%A7%C3%A3o-parental.pdf.>.  
Acesso em 31 out. 2020.

SOUSA, Analícia Martins, Brito, Leila Maria Torraca (2011). **Síndrome de alienação parental: da teoria norte- -americana à nova lei brasileira. Psicologia: Ciência e Profissão** Disponível em:  
< [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-98932011000200006](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006)>. Acesso em: acesso em 11 set. 2020.

SOUZA, Marciane Lilian Linden. **Lei de Alienação Parental: a problemática acerca da Lei n. 12.318 de 26 de agosto de 2010.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado Direito) - Faculdades Unificadas de Foz do Iguaçu – Unifoz, Foz do Iguaçu- Paraná, 2019. Disponível em: < <https://psicod.org/curso-de-direito-marciane-lilian-linden-souza-lei-de-aliena.html>> Acesso em: 30 out. 2020.

TRINDADE, Jorge. **Palestra feita na Escola Superior de Advocacia do Brasil – ESA**, disponível em < <http://www.oab.org.br> > acesso em 29 out. 2020.

NOTAS:

[1] Prof<sup>o</sup>. Esp. no curso de Direito na Universidade UNIRG. Gurupi/TO.



## **ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO E A DIFICULDADE PROBATÓRIA DO OFENDIDO**

**FLÁVIA DE FÁTIMA MORAES PONTES:**

Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

**RESUMO:** O presente estudo aborda sobre a grande dificuldade probatória do assédio moral sofrido no ambiente de trabalho. O objetivo é verificar os meios possíveis para obtenção de provas legítimas no processo judicial à quem sofreu o assédio, a partir da análise de métodos aceitos pelos tribunais, examinando a possibilidade de inversão do ônus da prova como instrumento para ponderar por conta da dificuldade encontrada para comprovar o ato sofrido, bem como o estudo realizado por doutrinadores desde a evolução histórica do assédio moral no trabalho até os dias atuais. Mesmo sendo um tema frequente nas ações trabalhistas, se faz necessário um estudo detalhado sobre ele por ser de extrema complexidade, sendo importante averiguar quais os conceitos mais adotados pela doutrina majoritária e as espécies de assédio moral previstas, além da responsabilidade do empregador. Assim, torna-se fundamental a existência de um estudo sobre a comprovação do assédio moral mesmo existindo a dificuldade na arguição judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assédio moral. Dificuldade probatória. Ambiente de trabalho. Ônus da prova.

**ABSTRACT:** This study addresses the great probationary difficulty of bullying suffered in the workplace. The objective is to verify the possible means for obtaining legitimate evidence in the judicial process for those who have suffered harassment, from the analysis of methods accepted by the courts, examining the possibility of reversing the burden of proof as an instrument to consider because of the difficulty found in proving the act suffered, as well as the study carried out by indoctrinators from the historical evolution of to the work to. Even though it is a frequent topic in labor actions, a detailed study of it is necessary because it is extremely complex, and it is important to ascertain which concepts are most adopted by the majority doctrine and the types of bullying provided for, in addition to the employer's responsibility. Thus, it is essential to have a study on the proof of bullying even though the judicial prosecution is difficult.

**KEYWORDS:** Moral Harassment. Probationary Difficulty. Workplace. Burden of Proof.

**SUMÁRIO** 1. Introdução. 2. Evolução histórica do assédio moral: 2.1 Evolução no mundo; 2.2 Evolução no Brasil. 3. Assédio moral: 3.1 Conceito de assédio moral; 3.2

Espécies de assédio moral no trabalho. 4. Responsabilidade do empregador. 5. Ônus da prova. 6. Conclusão. 7. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

O assédio moral é um tema de grande repercussão na justiça do trabalho, sendo uma questão assídua nas reclamações trabalhistas e que apresenta certa dificuldade para ser combatido devido os obstáculos para constituir matéria probatória.

No decorrer da evolução do trabalho no mundo e no Brasil, o assédio moral foi sendo gradativamente mais detectado, verificando através desses estudos sobre sua evolução, os meios para diferenciá-lo de práticas comuns no âmbito laboral e práticas consideradas arbitrárias.

É conceituado pela doutrina majoritária como uma conduta abusiva, intencional e frequente, de quando um indivíduo é atormentado com situações constrangedoras e humilhantes que ferem sua dignidade, integridade física ou psíquica. Que no caso deste trabalho, refere-se a esse assédio ocorrendo especificamente no ambiente de trabalho.

Existem inúmeras modalidades de assédio, entretanto, independente de qual seja, a dificuldade probatória do ofendido segue sendo elevada. O presente trabalho tem o propósito de mostrar como identificar o assédio moral, além de determinar quais são suas espécies.

Por conseguinte, retratar a complexidade na comprovação da conduta do ofensor, almejando apontar uma solução para cessar o assédio moral no ambiente de trabalho através da eventual inversão do ônus da prova, bem como, apresentar as responsabilidades do empregador já previstas na legislação vigente.

Ademais, o presente estudo apresenta uma pesquisa teórica através de doutrinas, dissertações, artigos, legislações e jurisprudências. Analisando, inicialmente, a evolução história do assédio moral no mundo e no Brasil, posteriormente, o conceito e suas espécies, em diante à responsabilidade do empregador e, por fim, o ônus da prova bem como, a inversão do ônus da prova.

Em suma, o estudo sobre o ônus da prova e a análise da sua inversão, demonstram a contingência de uma progressão sobre a viabilidade na arguição judicial de ações trabalhistas referentes ao assédio moral sofrido no ambiente de trabalho, contribuindo para uma melhora deste mal.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ASSÉDIO MORAL

### 2.1 Evolução no mundo

A ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho não é um tema recente, porém, suas discussões passaram a ter um enfoque maior atualmente. Com a evolução econômica, social e moral dos países, foram se desenvolvendo discussões, estudos e questionamentos sobre o mesmo, mas é necessário entender sua origem para uma melhor captação.

No decurso da história é constatado que o trabalho era considerado fonte principal para o meio de sobrevivência do homem, portanto, sendo capaz de fazê-lo trabalhar mesmo que de forma degradante a sua dignidade, por pura necessidade. Comprovado pela época da escravidão, das civilizações romanas, gregas e egípcias, onde o homem era objeto de exploração por outro homem.

Com o passar do tempo, na Idade Média, o trabalho passou a ser primordial, não como método de sobrevivência, mas sim, devido às crenças religiosas. A redenção seria através do trabalho e só assim, o homem conseguiria alcançar o caminho aos céus. Entretanto, o assédio moral é identificado nesse momento da história quando as intercessões entre Deus e os cativos, era realizada pelo clero e a nobreza, que regiam para todos os súditos às regras que lhes eram impostas.

Por conseguinte, ocorreu a Revolução Industrial que foi um marco importante para o Direito do Trabalho, surgindo uma intervenção estatal nas relações de trabalho, devido os abusos que vinham sendo cometidos aos trabalhadores e posteriormente, após o término da Primeira Guerra Mundial, surge o constitucionalismo social, que foi a inclusão nas Constituições de dispositivos pertinentes à defesa social da pessoa, de normas de interesse social e de garantia de direitos fundamentais.

Assim, é notório que o avanço da globalização e do sistema de produção capitalista, estimularam o desenvolvimento dessas agressões aos trabalhadores, devido ao surgimento da competitividade e obsessão pela alta produtividade, no ambiente de trabalho. Mesmo que no decorrer da história, o trabalhador tenha sido mais reconhecido nas normas jurídicas.

A concretização da influência do capitalismo para a evolução do assédio moral nas relações de trabalho, é relatada por Lima Filho (2007, p. 152):

“Todavia, e apesar das tentativas de impedir o assédio, ele continua se manifestando, inclusive e especialmente no ambiente de trabalho, favorecido pelo sistema de produção

capitalista, em que o lucro com menores custos possíveis, constitui se não o único, pelo menos o principal objeto de qualquer empreendimento econômico, nomeadamente em uma economia globalizada como a que atualmente predomina em quase todos os Estados desenvolvidos e em desenvolvimento no Planeta.

Cabe mencionar que por o assédio moral ser detectado no mundo todo, seus preceitos são relativos, sendo assim, em concordância com as culturas e contextos de cada país e assim, contraindo diferentes visões do tema.

Desse modo, o início das diversas denominações se deram com a pesquisa no ramo da biologia com o etnólogo austríaco Konrad Lorenz, que identificou o fenômeno e o denominou de mobbing, cujo verbo do termo traduz em maltratar, atacar, perseguir e o substantivo traduz em multidão e turba. Portanto, a origem do termo mostra claramente que se trata de um fenômeno de grupo e, por seu sentido anexo, faz pensar que seus métodos não são sempre muito evidentes (HIRIGOYEN, 2017, p. 77).

Na década de 60, o médico sueco Peter-Paul Heinemann deu continuidade, mas nas relações humanas, identificando o comportamento antagonista e agressivo das crianças com relação a outras no âmbito escolar.

E na década de 80, o renomado psicólogo Heinz Leymann conceituou o mobbing como manobras hostis frequentes e repetidas no local de trabalho, visando sistematicamente a mesma pessoa (HIRIGOYEN, 2017, p. 77).

Na Inglaterra, o termo que expressa as humilhações, as ofensas ou ameaças de um indivíduo ou grupo para com outro é denominado bullying. Cabendo citar, um comparativo entre mobbing e bullying, realizado pelo professor alemão Dieter Zapf em que considera que o bullying é originário majoritariamente de superiores hierárquicos, enquanto o mobbing é muito mais um fenômeno de grupo (HIRIGOYEN, 2017, p. 80).

Subsequentemente, nos Estados Unidos o termo estipulado é harassment, onde o psiquiatra Carroll Brodsky leciona que o assédio consiste em ataques repetidos e voluntários de uma pessoa a outra, para atormentá-la, miná-la, enfim, provocá-la (HIRIGOYEN, 2017, p. 81).

No Japão, é conhecido como ijime e é conceituado tanto para ofensas e humilhações aplicadas por crianças no âmbito escolar, como também nas empresas

quando se trata de pressões de um grupo. E nos países de língua espanhola, o psicoterror laboral é o termo utilizado para esse fenômeno.

Já são presentes em alguns países a legislação que trata sobre a punição da prática de assédio moral, dentre eles podemos citar a Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, França, Noruega e Suécia. No caso dos EUA, a forma de punição para quem pratica o assédio moral, é a mesma aplicada nos casos de danos morais. Já em outros países a legislação que rege o tema em questão está esperando aprovação nas suas devidas casas (MELO, 2017).

Isto posto, percebe-se a importância do reconhecimento histórico e do detalhamento sobre as diversas terminologias do assédio moral, pois remetem à cultura e situação organizacional de cada país.

## **2.2 Evolução no Brasil**

Na história do Brasil, o assédio moral permanece desde os tempos da escravidão, onde as condições para trabalho eram críticas e os indivíduos sofriam extremo terror psicológico. Uma época que reflete uma exploração do trabalho, em conjunto da ideia de que os empregados são seres inferiores, até mesmo comparados a objetos e obrigados a servirem aos seus senhores, independentemente de serem práticas abusivas ou não.

Contudo, mesmo após findada a escravidão no Brasil e diversos acontecimentos históricos posteriores em proveito do trabalhador, como a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e a Consolidação das Leis do Trabalho, o fenômeno do assédio moral no ambiente de trabalho ainda é considerado um contexto relativamente novo, pois ainda nos dias atuais, não existe legislação específica para disciplinar o tema.

Em razão da inexistência de uma legislação específica, os juristas brasileiros têm fundamentado suas posições e decisões a respeito do fenômeno utilizando a Constituição Federal de 1988, como explica Aguiar (2008):

Como é cediço, a Carta Magna de 1988 conferiu especial importância ao meio ambiente do trabalho, estatuidando em diversos preceitos, a exemplo do artigo 7º, inciso XXII, artigo 39, §3º, artigo 200, inciso VIII, artigo 170, inciso VI e artigo 225, *caput*, que é dever de todos preservar a sanidade ambiental, garantindo-se condições propícias de higiene e segurança e, em relação ao empregador, adotar medidas a fim de reduzir os riscos inerentes ao trabalho.

Portanto, cabe salientar que no Brasil, não necessariamente precisa de uma legislação específica para defender e/ou reprimir o assédio. As decisões nos Tribunais do Trabalho, as doutrinas, a Constituição, as jurisprudências, entre outros dispositivos dão amparo ao trabalhador.

Sendo assim, Silva (p.2) explica que o assediado não fica desprotegido: “A legislação brasileira não prever tutela específica contra os casos de assédio moral, porém o empregado assediado não se encontra desprotegido, uma vez que este fenômeno atenta contra princípios, direitos e garantias fundamentais traçados na Constituição de 1988, e se enquadra nas legislações trabalhista e civil vigentes, acarretando consequências jurídicas para cada protagonista envolvido no assédio moral, de acordo com as peculiaridades e com o grau de participação de cada um no evento.” (apud CORREIA, 2020).

Todavia, não é excluída a importância de uma melhoria no regimento jurídico, visto que ainda existem falhas principalmente na dificuldade do ofendido de comprovar o assédio sofrido.

É cabível citar um exemplo recente, demonstrando o quanto a justiça brasileira busca melhoria referente ao determinado assunto.

Desde que a reforma trabalhista entrou em vigor em 2017, o art. 223-G é alvo de grandes discussões sobre sua inconstitucionalidade, ele trata justamente do dano moral, mais especificamente sobre os limites de valores para indenização.

Para melhor entendimento, o dispositivo apresenta níveis de reparação, com base na natureza e gradação da lesão — leve, média, grave e gravíssima — e, em cada uma existindo um limite máximo para a reparação dos danos, além de condicionarem o montante indenizatório ao salário do trabalhador assediado.

Eis que o dispositivo é criticado e dito inconstitucional principalmente por gerar discriminação e colidir com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal, acabando por existir uma distinção entre trabalhadores de classes diferentes, em virtude de dois indivíduos que sofrerem o mesmo agravo, podem receber indenizações em valores diferentes, por terem salários diferentes. Questionando assim se essa é de fato, a maneira mais justa de reparação de danos morais.

Logo, foi instituída uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5870) perante o STF referente ao artigo 223 da CLT para que tal legislação seja retirada do ordenamento jurídico visto que além dos motivos já citados, existe também a violação do princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal.

À vista disso, é reconhecível a tentativa de melhora no ordenamento jurídico, contudo, é eminente a essencialidade da atenção especial dos juristas para esse fenômeno que ainda deve ser muito estudado para ser, de fato, combatido de forma lícita e eficiente.

### **3 ASSÉDIO MORAL**

#### **3.1 Conceito de assédio moral**

Devido sua grande repercussão pelo mundo, o assédio moral tem diversas terminologias. Dentre as mais conhecidas estão os termos mobbing, bullying, terror psicológico ou manipulação perversa. Em consequência, na Convenção 190 da OIT, o tema foi conceituado de modo amplo, objetivando atender as diferentes definições de diversos países sobre o determinado assunto.

Para efeitos da referida Convenção, a expressão “violência e assédio” no mundo do trabalho designa um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças de tais comportamentos e práticas, quer manifestem uma única vez ou de forma repetida, que tenham por objeto, que causem ou que sejam suscetíveis de causar um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, e inclui a violência e o assédio em razão de gênero (GARCIA, 2020, p. 18).

Logo, a expressão assédio moral, é uma conduta abusiva, intencional e frequente, de quando um indivíduo é exposto a situações constrangedoras e humilhantes que ferem sua dignidade, integridade física ou mental. Que no caso deste trabalho, refere-se a esse tipo de assédio ocorrendo especificamente no ambiente de trabalho.

Portanto, no ambiente de trabalho, entende-se por assédio moral um conjunto de condutas reiteradas, e na maioria das vezes praticadas por aquele que se encontra em situação hierarquicamente superior ao empregado assediado, de forma a atingi-lo, ou permitindo que outros empregados de mesmo nível funcional o atinjam, de forma a ofender sua honra e sua dignidade por meio de humilhações, ocasionando uma desestabilização no ambiente de trabalho (ALKIMIM, 2008, p. 37).

Seguindo o mesmo raciocínio, a renomada psicanalista Hirigoyen (2017, p. 17) conceitua o assédio da seguinte forma:

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Nesse aspecto, destaca-se o seguinte julgado do TST que deixa claro a violação da dignidade pelo tratamento ilegal dado pelo superior hierárquico que, portanto, cometeu assédio moral:

(...) RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CONDUTA OFENSIVA À IMAGEM DO TRABALHADOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (...) 8. O relato extraído do Acórdão regional demonstra a mais completa falta de senso da referida superior hierárquica, que agredia a demandante atrelando sua aparência física a alegada baixa produtividade. Uma coisa é propiciar ambiente sadio, alegre e até familiar no labor, o que, naturalmente, envolve aqui e ali tratamentos recíprocos entre os colegas, inclusive apelidos, mas sempre tendo como lastro o respeito à dignidade da pessoa humana. Outra, completamente diferente, é um tratamento unilateral, com utilização de palavras inadequadas tanto ao ambiente de trabalho quanto a qualquer outro, uma vez que não se pode admitir que, em decorrência da cor do cabelo, seja imputada a pecha de improdutiva na presença de outros colegas de trabalho. Identifico, assim, afronta ao artigo 5º, X, da Constituição da República. 9. O assédio moral se dá de forma sutil, em tons de piadas, apelidos com a aparência de “brincadeiras” que na verdade humilham e expõe a pessoa à depreciação pelos demais membros do grupo. Nota-se, no caso dos autos que se tratava de uma superior hierárquica insatisfeita com a baixa produtividade da agência da reclamante. O caminho encontrado para humilhar foi bastante feminino, uma mulher criticar o cabelo da outra e com isso carimbá-la com um apelido pejorativo de “loira burra”, porque uma sabe onde de fato magoa a outra. (...) (RR – 264300-72.2006.5.01.0341, Relatora Desembargadora Convocada: Luíza Lomba, Data de Julgamento: 18/11/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015)

Nesse enfoque, o meio ambiente do trabalho deve ser entendido não apenas como o local em que se realiza a atividade laboral, pois também abrange as condições de trabalho, a sua organização e as relações intersubjetivas ali presentes (GARCIA, 2020, p. 15).



A origem do problema, que precisa ser enfrentada, em verdade, decorre de fator nitidamente externo, presente no meio social, mais especificamente no ambiente de trabalho (GARCIA, 2020, p. 16).

Ressalva-se a imprescindibilidade de distinguir o assédio moral em relação à algumas situações como o estresse, o conflito, as sobrecargas, bem como, as más condições de trabalho.

Existe uma linha tênue entre essas circunstâncias e o assédio moral, mas para este ser configurado, é indispensável a existência de intenção maldosa, além de repetição nos atos agressivos que visam desequilibrar o ofendido.

Hirigoyen descreve que no estresse, contrariamente ao assédio moral, não existe intencionalidade maldosa. Já no assédio moral, o alvo é o próprio indivíduo, com um interesse mais ou menos consciente de prejudicá-lo. Não se trata de melhorar a produtividade ou otimizar os resultados, mas se livrar de uma pessoa porque, de uma maneira ou de outra, ela "incomoda". Tal violência não é útil à organização nem à boa administração da empresa (HIRIGOYEN, 2017, p. 23).

E mais, no assédio moral, não se observa mais uma relação simétrica como no conflito, mas uma relação dominante-dominado, na qual aquele que comanda o jogo procura submeter o outro até fazê-lo perder a identidade. Quando isto se passa no âmbito de uma relação de subordinação, transforma-se em um abuso de poder hierárquico, e a autoridade legítima sobre um subordinado se torna a dominação da pessoa (HIRIGOYEN, 2017, p. 27).

Atualmente, o fator mais complexo para realizar essa diferenciação são as más condições de trabalho pois trabalhar em um espaço exíguo, mal iluminado e mal instalado não constitui um ato de assédio em si, salvo se um único funcionário for tratado especificamente assim ou se tais condições destinarem-se a desmerecê-lo. É a mesma coisa em relação à sobrecarga de trabalho, que não significa assédio, a não ser quando é exagerada ou se o objetivo, consciente ou inconscientemente, é prejudicar o empregado (HIRIGOYEN, 2017, p. 33).

Portanto, o assédio moral é um abuso e não pode ser confundido com decisões legítimas, que dizem respeito à organização do trabalho, como transferências e mudanças de função, no caso de estarem de acordo com o contrato de trabalho. É natural que todo trabalho apresente um grau de imposição e dependência (HIRIGOYEN, 2017, p. 34).

### **3.2 Espécies de assédio moral no trabalho**

*Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (HIRIGOYEN, 2019, p. 65).*

*O assédio moral engloba variadas espécies, como explica o autor Robson Zanetti (2004, p. 67) "o assédio moral pode ser individual ou coletivo, vertical ou horizontal, masculino ou feminino, ascendente ou descendente, patológico ou estratégico, grupal ou individual, profissional ou familiar".*

Segundo a doutrina, o assédio moral no ambiente de trabalho, compõe-se principalmente de 3 modalidades, sendo elas: o assédio vertical, que se subdivide em vertical descendente e vertical ascendente, o assédio horizontal e o assédio misto.

Deve-se notar que o assédio moral no trabalho, entretanto, pode ser praticado não apenas por superior hierárquico, em casos de relações assimétricas, isto é, de modo vertical descendente, mas também por colegas de trabalho (de forma horizontal) ou mesmo por empregados de hierarquia inferior (assédio moral vertical ascendente) (GARCIA, 2020, p. 23).

O assédio moral, ademais, pode ser individual (quando voltado a um ou mais empregados individualmente considerados) ou coletivo, alcançando a coletividade de trabalhadores, também conhecido como organizacional ou institucional, por decorrer de formas abusivas de gestão empresarial (GARCIA, 2020, p. 24).

O assédio estratégico é aquele que visa uma redução de custos com encargos trabalhistas, a empresa tem o objetivo de rescindir os contratos empregatícios com empregados que consideram ineficazes e, utilizam de métodos estratégicos para que o mesmo peça sua própria demissão.

No assédio organizacional, o foco principal é o detrimento da dignidade da pessoa humana, conduzindo os empregados ao limite de seu rendimento através de ameaças, sujeitando o indivíduo a situações insultantes e de vexame em público.

O assédio vertical descendente é a forma tida como mais corriqueira de todas. Robson Zanetti (2004, p. 67) explica:

O assédio é vertical descendente quando ele é realizado de cima para baixo, ou seja, por um responsável hierárquico que abusa de seu poder de direção. Esta forma de assédio é mais frequente que a vertical ascendente. Aqui a causa tem um

denominador comum: o superior hierárquico se prevalece de seu poder de forma desmedida e arcaica. O objetivo pode ser o de reduzir a influência de um empregado junto àqueles que estão ao seu redor.

De outro, o assédio vertical ascendente, é a situação inversa, onde o superior hierárquico é agredido pelos subordinados. Pode dar-se no caso de uma pessoa vinda de fora, cujo estilo e métodos sejam reprovados pelo grupo, e que não faça o menor esforço no sentido de adaptar-se ou impor-se a ele. Pode ser também o caso de um antigo colega que tenha sido promovido sem que o serviço tenha sido consultado (HIRIGOYEN, 2019, p. 74).

No que diz respeito ao assédio moral horizontal, é um dos mais frequentes, trata-se de agressões entre colegas de trabalho por razão de disputa, por exemplo, pela obtenção de um mesmo cargo ou uma promoção.

Ainda tratando-se do assédio moral horizontal, Márcia Novaes Guedes esclarece que: "a ação discriminatória é desencadeada pelos próprios colegas de idêntico grau na escala hierárquica. Os fatores responsáveis por esse tipo de perversão moral são a competição, a preferência pessoal do chefe porventura gozada pela vítima, a inveja, o racismo, a xenofobia e motivos políticos, a vítima pode ser golpeada por um só colega ou por vários colegas de trabalho" (2003, p. 36).

Na última modalidade, existe o assédio misto que é composto pela vítima, agressor horizontal e agressor vertical. Exemplificando, a vítima sofre com dois assediadores ao mesmo tempo, sendo um o horizontal e o outro o vertical.

Ocorre quando a vítima sofre o assédio tanto dos colegas que se encontram no mesmo nível hierárquico, mas também pelos superiores hierárquicos (GUEDES, 2003, p. 37).

Trata-se de um tipo de assédio comum em ambiente de trabalho com grande competitividade interna e mau gerenciamento dentro da empresa, e em ambientes de trabalho estressantes, no qual o patrão impõe um nível de exigências elevadíssimo (GUEDES, 2003, p. 37).

Quando há o assédio moral horizontal, isto é, entre colegas do mesmo nível funcional, se este for combinado com a omissão e a conivência de superiores hierárquicos, o assédio pode ser transformado em uma forma mista, por aliar o assédio descendente (FERREIRA, 2004, p. 52).

#### **4 RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR**

Ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro, lei que discipline o assédio moral no ambiente de trabalho, mas o tema já dispõe de referências legais para se fundamentar, como as decisões dos tribunais e as doutrinas que utilizam de normas vigentes e existentes do nosso ordenamento.

Com isso, no que tange à responsabilidade civil, o empregador ou o comitente são responsáveis pela reparação civil, como instituído pelo artigo 932, inciso III, do Código Civil:

**Art. 932.** São também responsáveis pela reparação civil:

**III** - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

**Além disto, o artigo 933 do Código Civil estabelece que o empregador, ainda que não haja culpa de sua parte, responde pelos atos praticados, no exercício do trabalho ou em razão dele, por seus empregados, serviçais e prepostos. Relevante salientar ser assegurado o direito de regresso ao empregador em face do empregado culpado, conforme o artigo 934 do Código Civil.**

**Nessa perspectiva, é constatada a reparação pelo empregador, no seguinte julgamento:**

TRT – PR – 24-04-2007 ASSÉDIO MORAL. CONDUTA AGRESSIVA. METAS DE DIFÍCIL ALCANCE. (...) Não se cogita de eximir a empresa de responsabilidade porque o dano foi causado pelo preposto. Ao lado da responsabilidade por fato próprio, a responsabilidade por fato de outrem atende às necessidades impostas pela complexidade da vida social moderna. Não se trata de responsabilidade sem culpa, mas de responsabilidade por fato de outrem, porém por culpa própria, porque as pessoas que respondem a esse título terão sempre contribuído para o fato danoso, a exemplo do empregador. (...) (TRT – 915788-200312900 PR 15788-2003-12-9-0-0, Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU, 2ª Turma, Data de Publicação: 24/04/2007)

Entretanto, mesmo o empregador respondendo pelos atos praticados pelos referidos terceiros, não se retira a culpa de quem praticou o ato. Portanto, não se deve confundir a culpa do empregador quanto aos atos de seus empregados (ou

serviçais e prepostos), que anteriormente era presumida (art. 1.523 do Código Civil de 1916 e Súmula 341 do STF), e atualmente não é mais exigida pelo Código Civil de 2002, com a culpa do próprio agente causador direto do dano, que, em tese, é necessária para o direito à indenização (salvo a incidência de regra prevendo a responsabilidade objetiva) (GARCIA, 2020, p. 102).

Ainda, apesar de o empregador assumir os riscos da atividade econômica e dirigir a prestação pessoal de serviço, com base no artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o empregador para ter caracterizada sua responsabilidade objetiva deve ter conhecimento do assédio sofrido por seu empregado por outrem, e não tomando as providências eficazes e imediatas para cessar a lesão, responde de forma solidária (com aquele que praticou o ato) por danos morais, segundo o artigo 942 do Código Civil.

Sobre essa responsabilidade, Amauri Mascaro completa que se o empregado sofre danos em decorrência de acidente de trabalho ou doença profissional, contanto que o empregador tenha incorrido em culpa ou dolo, além das reparações previstas nas leis acidentárias e trabalhistas, cabe, também, ação civil de indenização por perdas e danos. O seu fundamento é o art. 186 do Código Civil de 2002, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (NASCIMENTO, 2011, p. 854).

## **5 ÔNUS DA PROVA**

O assédio moral contém diversas características pessoais, fazendo com que se torne um tema de alta dificuldade de comprovação, tendo em vista que os atos, normalmente, ocorrem somente durante a presença da vítima e do agressor. Além de passar, frequentemente, despercebido pelo assediado. Isso ocasiona uma carência no material probatório para que reste configurado tal ato ilícito.

No Brasil há um fundamento constitucional, o art. 7º, XXII, que assegura aos trabalhadores o direito à saúde, higiene e segurança; no art. 200, VIII, atribui ao sistema único de saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; e no art. 5º, X, o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação (NASCIMENTO, 2011, p. 849).

Sabendo que os empregados tem seus direitos elencados no ordenamento jurídico, é preciso tratar sobre a necessidade de provar. A doutrina denomina ônus da prova (onus pro-brandi). Trata-se de dever processual que gera, quando não cumprido, situação desfavorável à parte a quem incumbia o ônus de provar e

favorável à parte contrária, relativamente à pretensão posta em juízo (SCHIAVI, 2008, p. 459).

É importante a verificação da seguinte redação do art. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, que esclarece:

**Art. 818.** O ônus da prova incumbe:

**I** - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

**II** - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

**§ 1º** Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

**§ 2º** A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

**§ 3º** A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Logo, trata-se de manifesta insuficiência de provas, ocasionando uma oportunidade na utilização de outros dispositivos encontrados no ordenamento, bem como no Código de Processo Civil, Código Civil e até mesmo no Código de Defesa do Consumidor.

A utilização do Código de Processo Civil é especificamente aprovada pela Consolidação das Leis do Trabalho, que através do seu artigo 769, institui: "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título." Dessa forma, sobre o ônus da prova, no artigo 333 do Código de Processo Civil é prescrito que: "O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu

direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Entretanto, as ocorrências de assédio moral são por sua natureza muito sutis e ocultas, não é fácil apresentar prova. Com muita frequência, o empregado só toma consciência de sua situação quando já sofreu os efeitos e se encontra em licença médica (HIRIGOYEN, 2017, p. 347).

Devido essa situação, a aplicação da inversão do ônus da prova, em juízo, é cabível. No artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal é assegurado o contraditório e ampla defesa, de forma que toda prova produzida por uma parte será cientificada à parte contrária, concedendo-lhe a oportunidade de impugná-la.

Ademais, cabe a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Direito do Consumidor que cita: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Ou seja, tendo o ofendido apresentado indícios suficientes para uma razoável presunção do ocorrido, o acusado fica sujeito ao ônus de provar que não atentou contra o autor.

A inversão do ônus da prova, com fulcro no dispositivo consumerista, é aceita pelos tribunais do trabalho, como expresso na decisão abaixo destacada:

Estabelecidas tais premissas, tenho que, embora a ausência de fiscalização seja fato constitutivo do direito do autor e, nos termos do artigo 818 da CLT c/c artigo 333, I do CPC, dele seja o ônus comprová-la, inverte-se o ônus da prova com fulcro no artigo 6º, inciso XVIII do CDC, por se tratar de fato negativo, de difícil comprovação, e considerando-se a hipossuficiência do trabalhador e verossimilhança da alegação. (TST - RR: 100148720135010049, Relator: Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/09/2016).

Do mesmo modo que o Código de Processo Civil é aceito pelos tribunais para inversão do ônus da prova no âmbito trabalhista, como disposto no artigo 373, parágrafo 1º do referido código:

**§ 1º** Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o

juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Isto posto, é visível a amplitude de fundamentações legais que podem ser utilizadas para sedimentar a inversão do ônus da prova, inclusive, as súmulas 212, 338, 443 e 460 do Tribunal Superior do Trabalho. Ficando assim a critério do juiz, mediante seu convencimento e decisão fundamentada, inverter o ônus probandi.

Em suma, é de extrema importância a efetividade da inversão do ônus da prova, principalmente nos casos de assédio moral, que a parte hipossuficiente na comprovação do fato constitutivo de seu direito sofre dificuldades elevadas para produzi-las.

## **6 CONCLUSÃO**

Através do estudo realizado, é constatado que mesmo o assédio moral sendo um fenômeno que surgiu desde o início da evolução do trabalho, sofre com escassez de informações quando se trata sobre a defesa do empregado que sofre assédio moral no ambiente de trabalho.

A falta de conhecimento aumenta a incidência do ato e conseqüentemente, a frequência de ações no judiciário trabalhista por comprometerem a saúde física e mental do empregado que acaba refletindo no trabalho, prejudicando seu empenho.

Basta um indivíduo ser o assediador em uma empresa para que todo o sistema seja comprometido, tanto pessoal como o profissional. Não existindo a denúncia, a tendência é que cada vez mais se agrave podendo, conseqüentemente, afetar a outros empregados ou influenciá-los a agir do mesmo modo, por intimidação ou manipulação.

Para que o assédio moral seja possivelmente interrompido no meio ambiente de trabalho, é imprescindível a existência de uma política de enfrentamento do problema nas empresas, adotando soluções coletivas de prevenção contra o assédio para que conseqüentemente, exista uma melhora na comunicação entre as pessoas e uma grande dificuldade para que o mesmo ocorra.

Contudo, mesmo com a prevenção, ainda existe a risco para acontecimento do ato e conforme fundamentado no decurso do presente estudo, tratando da defesa jurídica do assediado, é admissível a aplicação de normas vigentes no ordenamento jurídico que não se limitam a Consolidação das Leis do Trabalho, podendo usufruir tanto do exposto no art. 818, da CLT e o art. 333, do CPC como a



aplicação subsidiária da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Ficando a critério de juiz, seu livre convencimento e mediante decisão fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo inverso.

Portanto, mesmo com a manifesta insuficiência de provas do empregado na comprovação do assédio moral, entende-se que a transferência do ônus probandi para o empregador na apresentação de provas, seja a medida cabível mais propensa a uma decisão mais justa do direito pleiteado pelo ofendido.

## 7 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Rita Manzarra Garcia de. Assédio moral: problema antigo, interesse recente. **Jus Navigandi**. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11741>>. Acesso em: 24/09/2020.

ALKIMIM, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2008.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 14/10/2020.

Brasil. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 14/10/2020.

Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 14/10/2020.

Brasil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 14/10/2020.

Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 14/10/2020.

CORREIA, Lorena Alves de Almeida. Assédio Moral no Ambiente de Trabalho. **Âmbito Jurídico**. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho-2/>>. Acesso em: 12/10/2020.

FERREIRA, Hádassa Dolores Bonilha. **Assédio moral nas relações de trabalho**. Campinas: Russell, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Assédio moral: Violência Psicológica no Ambiente de Trabalho**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GUEDES, Márcia Novaes. **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: redefinindo o assédio moral**. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 17 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2019.

LIMA FILHO, Francisco das C. Elementos Constitutivos do Assédio Moral nas Relações Laborais e a Responsabilização do Empregador. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul**. Mato Grosso do Sul, n 01, 2007.

MELO, Raul Henrique Bezerra; MELO, Ruana Bezerra; ISAIAS, Stefani Linhares. A evolução histórica do assédio moral nas relações de trabalho no Brasil e no mundo. **Revista Jus Navigandi**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57476>>. Acesso em: 23/09/2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008.

TRT-9. 15788200312900 PR 15788-2003-12-9-0-0, Relatora: Marlene T. Fuverki Suguimatsu, DJ: 24/04/2007, **JusBrasil**, 2007. Disponível em: <<https://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18979439/15788200312900-pr-15788-2003-12-9-0-0-trt-9>>. Acesso em: 09/11/2020.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 264300-72.2006.5.01.0341, Relatora: Desembargadora Luíza Lomba, DJ: 18/11/2015, **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/74776216/processo-n-0264300-7220065010341-do-tst>>. Acesso em: 03/11/2020.

TST. RECURSO DE REVISTA: RR 10014-87.2013.5.01.0049, Relator: João Batista Brito Pereira, DEJT: 30/09/2016, **TST**, 2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.tst.jus.br?tipoJuris= TODOS&orgao=TST&numProc=0010014&digProc=87&anoProc=2013&numTribunal=01&numVara=0049&publicacaoInicial=2016-09-30>>. Acesso em: 11/11/2020.

ZANETTI, Robson. E-Book: **Assédio Moral no Trabalho**. 2004. Disponível em: <<http://www.segurancanotrabalho.eng.br/download/assediomoral.pdf>>. Acesso em: 05/11/2020.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL: O EMPENHO DO ESTADO PARA PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE PSICOLÓGICA DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE**

**ANDRESSA SORAYA T. PAIVA:**

Graduanda do curso de Direito da  
Universidade Católica do Tocantins.

JANAY GARCIA[1]

(orientadora)

**RESUMO:** O presente estudo teve como objetivo geral compreender os pontos mais significativos da Lei 12.318/2010, como as consequências da alienação parental e o empenho da justiça para tentar evitar danos à criança e ao adolescente. Para a realização desse trabalho foi utilizado como base à revisão bibliográfica. A abordagem adotada foi a de natureza qualitativa, do tipo descritivo, com abordagem teórica. Desta forma, os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de análise de conteúdo. Como ponto focal, foi abordada a problemática familiar conhecida como alienação parental com o objetivo de esclarecer e facilitar a identificação do problema de maneira que torne possível seu reconhecimento precoce, demonstrando inclusive os efeitos causados pela alienação parental, a síndrome de alienação parental. Além disso, serão feitas considerações acerca da Lei 12.318/10. Apesar de ser um problema velho, ainda são poucas as decisões judiciais acerca do tema nos tribunais brasileiros. No entanto, a Lei da Alienação Parental dará mais confiança às decisões dos magistrados que devem ser extremamente cuidadosos em suas sentenças. Ressalta-se a importância do envolvimento jurídico nas questões relacionadas à Síndrome da Alienação Parental, para que as vítimas sintam-se mais protegidas ao se depararem com tão grave problema.

**Palavras-chave:** Alienação parental; Síndrome de Alienação parental; Lei 12.318/10.

**ABSTRACT:** The present study had as a general objective to understand the most significant points of Law 12.318 / 2010, such as the consequences of parental alienation and the commitment of justice to try to avoid harm to children and adolescents. To carry out this work, it was used as a basis for bibliographic review. The approach adopted was qualitative, descriptive, with a theoretical approach. In this way, data were collected through bibliographic research, using the content analysis method. As a focal point, the family problem known as parental alienation was approached in order to clarify and facilitate the identification of the problem in a way that makes its early recognition possible, including demonstrating the effects caused by parental alienation, the parental alienation syndrome. In addition,

considerations will be made about Law 12,318 / 10. Despite being an old problem, there are still few judicial decisions on the subject in Brazilian courts. However, the Parental Alienation Law will give more confidence to the decisions of magistrates who must be extremely careful in their sentences. The importance of legal involvement in issues related to Parental Alienation Syndrome is emphasized, so that victims feel more protected when they face such a serious problem.

**Key-words:** Parental alienation; Parental Alienation Syndrome; Law 12.318 / 10.

**Sumário:** Introdução. 1. Alienação Parental: 1.1. Síndrome da Alienação Parental. 1.2. Como se caracteriza a alienação parental e quais as características do indivíduo alienador. 2. Danos e consequências psicológicas do menor alienado. 3. Principais aspectos da lei Nº 12.318/10. 4. A guarda compartilhada como medida de redução da alienação parental. Conclusão. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Alienação Parental é um tema que trás a tona infindáveis discussões entre a grande maioria dos doutrinadores da área do direito de família, e que apresenta inúmeras dificuldades à estruturação de uma sociedade por meio da unidade familiar. Apesar de esse fenômeno ter sido integrado ao ordenamento jurídico brasileiro somente em 2010, através da promulgação da Lei 12.318/2010, o problema já se perdurava há muitas décadas no meio social.

Tem-se como objetivo principal da pesquisa compreender os pontos mais significativos da Lei 12.318/2010, Lei de Alienação Parental, bem como as consequências da alienação parental e o empenho da justiça para tentar evitar danos à criança e ao adolescente.

A alienação parental é um assunto bastante sensível que é abordado pelo direito de família, tendo em vista os efeitos psicológicos e emocionais prejudiciais causados no vínculo entre pais e filhos. A prática da alienação se dá com a interferência na criação psicológica da criança ou do adolescente causada ou gerada por um dos pais, pelos avós ou qualquer adulto que tenha autoridade, guarda ou vigência sob a criança ou o adolescente. Observa-se que a real intenção do alienador é quebrar o vínculo existente entre o filho e o genitor alienado e, para conseguir tal objetivo, aquele faz uma campanha difamatória contra este, dificultando ao máximo o contato com a criança ou adolescente.

O comportamento do alienador, que vai desde impedir a visitação, reprovar o comportamento do ex-cônjuge, ameaçar ou punir os filhos caso eles tentem algum contato com o outro cônjuge, é extremamente tóxico não apenas para as crianças,

sobre quem concernem os efeitos mais prejudiciais e nocivos, mas também ao companheiro alienado e ao alienador.

Em 1985 o médico e professor de psiquiatria infantil da Universidade de Colúmbia, Richard Gardner, foram delineados para descrever o cenário em que, separados, ou em processo de separação ou em casos menores, por discórdias temporárias, e disputando a guarda da criança ou adolescente, o genitor manipula e condiciona o menor para vir a romper os laços afetivos com o outro genitor, gerando sentimentos de temor e ansiedade em relação ao ex-companheiro.

Os mais frequentes casos estão associados a situações onde a ruptura da vida em comum gera em um dos genitores, uma enorme tendência vingativa para desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge, fazendo com que se crie no filho a raiva para com o genitor, muitas vezes transferindo o ódio e frustração que o pai ou a mãe nutre pelo ex-companheiro, fazendo com que a criança ou o adolescente seja utilizado como instrumento mediato de agressividade.

Hoje em dia, o que se observa é que, apesar de existir a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, os tribunais brasileiros ainda não possuem uma posição concreta sobre o caso, pois há escassa regulamentação sobre o tema, mesmo esta sendo cada vez mais comum na sociedade. É possível, no Brasil, averiguar a tenuidade dos julgados circundando tal assunto, devido à falta de mecanismos inerentes para se constatar e combater este infortúnio. Não existem muitas informações acessíveis e a população ainda desconhece o assunto, gerando dúvidas até para os profissionais do ramo jurídico e social.

Portanto, resta-se clara a importância do presente trabalho visto que o combate a tal abuso de moralidade com brevidade se torna imprescindível, pois os danos causados as crianças e adolescentes podem se tornar definitivos e irreversíveis, tornando-se adultos com diversas sequelas.

## 1. ALIENAÇÃO PARENTAL

Um dos maiores entraves enfrentados no direito da família, a Alienação Parental se tornou um problema rotineiro na sociedade contemporânea. Uma situação a qual já se prolifera há muitas décadas no núcleo da sociedade, e exige cada vez mais atenção dos juristas e profissionais da área da assistência social e psicologia.

Ao transcorrer do andamento de uma separação litigiosa, todas as pessoas envolvidas podem se deparar com vários sentimentos, especialmente como raiva, medo, fracasso, incerteza e outros, podendo tais sentimentos surgir em várias fases

do processo. O fim de um vínculo entre um casal pode se expressar como o fim da estabilidade familiar, assim como o fim de objetivos. Infelizmente, quando surge uma separação conjugal nasce também um conflito entre as partes, e isso acaba resultando em questões de guarda dos filhos, sendo, necessário tomar decisões importantes para esses. Quando a discórdia do casal é muito grande acaba acontecendo à alienação parental, que é a quando um dos genitores separa o filho do outro (PECK e MANOCHERIAN, 1995).

Entende-se que a alienação parental é um fenômeno antigo que passou a receber atenção recentemente devido à nova formação dos laços familiares, a qual gerou maior proximidade entre pais e filhos (PEREZ, 2013).

A Alienação Parental vem ganhando dimensão no direito da família e trás consigo efeitos desastrosos quando não tratado e detectado com agilidade e eficiência. De acordo com o art. 2º da Lei n. 12.318 a alienação pode ser conceituada como:

Interferência na formação da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Para Rêgo (2017) a alienação parental trata-se de uma prática realizada por um dos genitores com intuito de denegrir e desonrar a figura parental do outro perante a criança, de forma a desmoralizar, o genitor, fazendo uma lavagem cerebral na criança, na maioria das vezes atraída pelo sentimento de vingança. Ou seja, o detentor da guarda tenta afastar o filho do outro genitor, criando uma barreira no relacionamento entre eles.

Esta situação está diretamente relacionada, na maioria das vezes com o rompimento da vida conjugal, onde um dos genitores, numa tentativa de punição depreende um processo de desmoralização do ex-companheiro no imaginário da criança, utilizando o filho como mecanismo de agressão ao ex-companheiro, transformando o quadro de alienação em síndrome.

Fagundes e Conceição (2013) apontam que na maioria dos casos, o alienador é aquele que detém a guarda da criança ou do adolescente, vale ressaltar, ainda, que ainda é evidente a preferência do judiciário pelas mães nesse momento. Porém, vale a pena evidenciar que mesmo com os pais morando juntos o ato da alienação também pode acontecer, tendo em vista que o alienador possui características

diversificadas, amplas e de difícil conceituação, possuindo uma forma perigosa e silenciosa de agir.

Freitas complementa dizendo que a Alienação Parental:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real. (FREITAS, 2014, p. 25).

Por se tratar de um problema complexo, que surge dentro do convívio familiar, tem como a dificuldade de gerar provas para o processo judicial. Os profissionais do direito e demais da justiça devem trabalhar com cautela diante da investigação dos casos de alienação parental. O fim principal do processo judicial de alienação parental deve ser a proteção ao direito fundamental do convívio saudável entre o menor e os genitores, só admitindo punições mais severas, em casos extremos, ou que de fato se mostre que o menor já manifeste os sintomas da síndrome de alienação parental em grau elevado, ou que o genitor alienante continue a impossibilitar o convívio e a relação de convívio intimidade saudável com o outro genitor (QUEVEDO, 2017).

### 1.1. Síndrome da Alienação Parental

A (SAP) foi primeiramente abordada no ano de 1985, pelo psicólogo americano Richard Gardner, sendo: "um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos". "Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso" (Gardner, 2001).

A Síndrome da Alienação Parental é o conjunto de sintomas provocados em razão dos atos praticados no contexto da Alienação Parental, que acontece quando um dos pais joga o filho contra o outro, estimulando o desafeto e repulsa da criança contra o outro responsável com a finalidade de afastá-los. A alienação na maioria das vezes é realizada por quem detêm a guarda dos filhos que age de forma a caluniar a imagem do ex-cônjuge. Quando a criança começa a rejeitar o contato com o genitor



não guardião e apresentar comportamentos físicos e emocionais estranhos ao que costumava ter, configura-se a Síndrome.

Fagundes e Conceição (2013) definem a Síndrome da Alienação Parental como um transtorno psicológico que perturba crianças, adolescentes e até mesmo o alienador. Os principais causadores dessa doença são os pais ou responsáveis, que também sofrem com o transtorno no papel de opressores, impossibilitando qualquer tipo de relação externa com a criança ou adolescente. Os alienadores não aceitam de forma alguma que a criação e mesmo a vida de seu filho fujam do seu controle, estruturando jovens isolados, que ignoram e alimentam ódio e rancor pelo seu outro genitor e até outros membros da família.

Na maioria dos casos, esse problema ocorre quando há uma separação conjugal. Nessas situações, o lado que se sente mais afetado com a situação, pode necessitar se vingar do ex-companheiro, então começa a manipular o filho, inventando várias situações para que este passe a odiar o outro genitor, ao fazê-lo acreditar que foi vítima de supostos abusos sexuais maus-tratos e negligência por parte do genitor alienado. Nesse sentido, comenta Maria Berenice Dias (2008, p. 11):

No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor.

Sobre a Síndrome da Alienação Parental, Evandro Luiz Silva e Mário Resende (2008, p. 28) argumentam:

Quando a separação é marcada por muitas brigas e desentendimentos, fugindo do controle do alienador em potencial, ele vai, de uma maneira insidiosa, persuadindo seus filhos, levando-os a um afastamento progressivo do outro progenitor. Começa um espaçamento de visitas, e reiteradamente a sua supressão, deixando um tempo grande sem contato, para que seja suficiente para as crianças sentirem-se desamparadas. Vale destacar que a noção de tempo é vivenciada de forma diferente pelas crianças e, assim, um afastamento curto sob a perspectiva dos adultos pode ser experimentado como abandono na perspectiva da criança.

Com a excessiva manipulação que é colocada em sua cabeça, os filhos recusam a convivência com o genitor não guardião, mesmo não tendo vontade, apenas para agradar a vontade do guardião, passa a ter medo do genitor alienado e chegam até mesmo a detestá-lo. A alienação parental seja influenciada por pai ou por mãe, propicia o mesmo efeito catastrófico nos filhos, pois estes são os mais prejudicados, já que a criança é privada de um contato que ela merece ter, podendo sofrer graves consequências.

Não restam dúvidas de que a Síndrome da Alienação Parental é o resultado de abuso e maus tratos contra a criança ou adolescente exposto a esse tipo de ambiente familiar conflituoso e agressivo, e que nos caso de demora a ser descoberta tal violência, os danos e as sequelas podem ser irreversíveis na vida de todos os indivíduos envolvidos.

Partindo dessa premissa fica evidente a importância de se detectar o mais breve possível qualquer aspecto inerente a um ambiente familiar inadequado a formação da criança, ou que apresente condições desumanas ao desenvolvimento saudável de sua integridade física e psicológica. E para que esse problema seja combatido de uma forma mais efetiva, é necessário que sociedade, Estado e profissionais da educação trabalhe em conjunto, de maneira, a saber, identificar as características presentes na Alienação Parental, e nos indivíduos alienadores.(QUEVEDO, 2017).

## 1.2. Como se caracteriza a alienação parental e quais as características do indivíduo alienador

Como já citado anteriormente, a alienação parental é praticada na maioria das vezes pelo genitor responsável detentor da guarda, mas de acordo com o art. 2º da Lei 12.318/2010 tal ação pode ser motivada tanto pelos avós ou daqueles que usufrua a guarda da criança e ou adolescente.

O genitor alienante age com o objetivo de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor. De acordo com Jorge Trindade (2013), da mesma forma que é difícil retratar todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa um tanto impossível, pois suas atitudes podem ser resultantes dos mais diversos motivos.

No entanto, numa observação superficial, o alienador é aquele que esta aparentemente sempre "disponível" a ajudar na aproximação entre o genitor e o seu filho. Normalmente, é ele quem "oferece" a visitação perante o juiz, argumentando estar no interesse do menor. No entanto, em uma visão mais investigada, este comportamento ocorre tão somente visando, a manutenção da guarda e, conseqüentemente, o controle do filho, que é o objetivo principal do alienador.

Para Sandri (2013), o problema da Alienação Parental pode ser identificado através das especificidades de comportamento apresentadas pelo menor que está sofrendo com o abuso. Alguns dos sintomas podem demorar a aparecer, a depender do nível de intensidade do processo de destruição da imagem do genitor alienado, porém, depois de instalados tais comportamentos em seu sistema psicológico, se tornam cada vez mais danosos à integridade do menor.

Na mesma linha Madaleno e Madaleno (2013) sintetizam que os sintomas da alienação parental começam a ficar evidentes no momento em que o menor assimila o processo do genitor alienante contra o outro genitor e passa, ele mesmo, a encarregar-se na função de censurar o genitor alienado, com insultos, agressões, injúrias, e até mesmo interrompendo a convivência entre ambos, tratando o progenitor alienado como um estranho a quem deve repelir.

Para Sandri (2013) outra característica intrínseca ao menor que desenvolve os sintomas da Alienação Parental é a linguagem corporal distante, de modo a evitar um maior contato visual e o diálogo aberto, bem como interromper o genitor de forma frequente com queixas acerca das condições do tempo, seu tom de voz ou sua conversação.

No que se refere às características do genitor alienador, a gama de condutas é repleta de variedades, podendo derivar tanto dos aspectos de comportamento quanto da personalidade. É importante destacar que, para entender as questões comportamentais que o alienador pode vir a assumir, muitas vezes será necessário compreender o ambiente de formação em que se encontravam inseridos na fase inicial da vida, e quais as influências recebidas na construção de sua personalidade.

Como se pode perceber, são muitas as características atribuídas ao alienador, características de personalidade ou comportamentais que por vezes descrevem o comportamento dele ou o incluem em um estilo de personalidade próprio que justificariam suas ações. Entretanto, cabe ressaltar que não se trata aqui de uma tentativa de enquadramento de caráter deste indivíduo, mas sim da possibilidade de elencar as mais variadas formas possíveis de ser que ele venha a assumir, não sendo discriminatória e sim, exemplificativa de tais atos.

## **2. DANOS E CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DO MENOR ALIENADO**

Conforme explicam Madaleno e Madaleno (2013) os transtornos e distúrbios psicológicos acarretados pela Alienação Parental atuam diretamente na noção de autoestima do menor, fazendo com que o mesmo tenha sérias dificuldades na construção da sua personalidade e identidade, despertando uma série de sentimentos prejudiciais como tristeza crônica, podendo levar a comportamentos

anormais de ansiedade, inquietação, nervosismo excessivo, depressão, transtornos no sono, alienador, dificuldades na expressão, compreensão das emoções, desespero, incapacidade de adaptação às mudanças, tendência ao consumo de álcool e drogas, e em casos mais remotos, até mesmo ao suicídio.

A raiva é também uma reação comum de muitas crianças e adolescentes para o encadeamento de alienação. Tal sentimento, no entanto será expressa em direção a um alvo, como o pai alienado em geral. O fato das crianças serem forçadas a este tipo de situação causa um sofrimento significativo e frustração, a resposta, muitas vezes, manifesta-se por um comportamento agressivo contra o pai alienado, a fim de satisfazer o alienador, e/ou outras pessoas.

Souza (2014) esclarece que diante da situação de afastamento de um dos genitores do convívio familiar, a criança ou adolescente tende a contrair também um desamparo psicológico, sustentado por sentimentos destrutivos, como se para o menor, o genitor afastado tivesse falecido, provocando uma imagem distorcida da figura materna e paterna.

Segundo (2009) evidencia que, ao conquistar a fase adulta ela poderá desenvolver outras patologias, como baixa autoestima, transtornos de ansiedade e personalidade, insegurança e etc., refletindo nas suas relações pessoais. Além disso, é possível que venha a sofrer do sentimento de culpa por ter colaborado ainda que em consequência de manipulação para o seu afastamento do outro genitor.

Diante de tantas consequências destruidoras, é indispensável que a sociedade, o Estado, e todos os profissionais envolvidos no combate a alienação parental trabalhem em conformidade de esforços, para que esse problema tenha cada vez menos ocorrência em nosso núcleo social, garantindo o respeito aos direitos fundamentais da criança e do adolescente para o seu pleno crescimento.

Nesse contexto, foram desenvolvidos vários mecanismos de auxílio no combate da Alienação Parental, como a promulgação da Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental), que determina um rol de medidas a serem consideradas pelos magistrados no processamento e julgamento das demandas judiciais, estabelecendo também, inúmeros profissionais como auxiliares da justiça, que poderão contribuir com laudos técnicos e estudos sociais para que se avalie com precisão acerca da existência ou não, de sintomas característicos de alienação parental dentro do núcleo familiar.

### 3. PRINCIPAIS ASPECTOS DA LEI Nº 12.318/10

No Brasil, a desordem psíquica conhecida como Síndrome da Alienação Parental, apesar de ser um problema antigo, ainda é pouco conhecida pela sociedade

e até mesmo por operadores do direito. Por tratar-se de uma questão que envolve o bem-estar de crianças e adolescentes, é necessário cautela na maneira de resolvê-lo, pois qualquer decisão precipitada, por parte do profissional do direito, pode ser prejudicial às partes envolvidas. Objetivando evitar que a síndrome se consuma é necessária à aplicação do direito para se prevenir futuros problemas. Pretende-se demonstrar como foi necessária a elaboração da Lei nº 12.318/10, que visa combater a Síndrome da Alienação Parental.

A Lei nº 12.318/10, que dispõe sobre a alienação parental, promulgada pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, feita para proteger os filhos de casais separados e evitar que sejam vítimas desse fenômeno. "O objetivo é inibir a alienação, facilitando a intervenção judicial pra assegurar o interesse do menor e preservar seu desenvolvimento psicossocial, fortemente ameaçado pelo afastamento parental" (CHAVES, 2010).

Essa lei surgiu da necessidade, urgente, de se conferir maiores poderes, aos juízes, a fim de se preservar direitos fundamentar da criança e do adolescente, vítimas de abusos causados por seus responsáveis, punindo ou inibindo eventuais descumprimentos dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrente da tutela ou guarda do menor.

Em se tratando de um fato que já é enfrentado há tantos anos pela sociedade e pelo Poder Judiciário, e que até então, não possuía qualquer legislação específica, o tema da Alienação Parental passou a ser amplamente divulgado pelos meios de comunicação, após a publicação da Lei 12.318/2010, e ganhou atenção especial de um grande número de doutrinadores e profissionais da psicologia, da assistência social que já defendiam a necessidade de uma lei para combater esse problema no âmbito familiar.

Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, pratica dos diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Figueiredo e Alexandridis (2014) chamam a atenção para o que refere o artigo 2º da mencionada lei, que independentemente de ser conduta tipificada ou não, pode ser considerada conduta de alienação parental se tiver como finalidade a mínima característica de campanha desqualificadora de um dos indivíduos que detenha a autoridade parental sobre o menor. Não importando também, se a conduta se consubstancia pelo outro genitor ou por terceiro, que tenha o menor sob seus cuidados.

No entanto, uma vez consumada e identificada a existência da síndrome é necessário que se procure de imediato o Judiciário, visto que sua intervenção é de essencial importância para que seja barrado esse tipo de abuso. Embora já houvesse no ordenamento jurídico algumas ferramentas que coíbem a prática da síndrome da alienação parental, mais precisamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código Civil e na Constituição Federal ao constar que os pais devem zelar pelo bem-estar de seus filhos, a Lei traz uma maior efetividade.

#### **4. A GUARDA COMPARTILHADA COMO MEDIDA DE REDUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

De acordo com Figueiredo e Alexandridis (2014) a guarda está relacionada com o exercício do poder familiar, sendo que, quando ocorre o rompimento do casamento, será necessário decidir quem pertencerá à responsabilidade da guarda, cabendo ao

outro genitor o direito de visitas e convivência com o filho. Ou seja, quando o assunto é a guarda dos filhos, presume-se a ruptura do vínculo conjugal.

Para Soldá e Ultramari (2011) a guarda compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que interessem os filhos. Sua proposta é preservar os laços de afetividade, buscando amolecer os feitos que o rompimento conjugal pode acarretar aos filhos. Ao mesmo tempo, tenta manter de forma igualitária a função parental, oferecendo o direito da criança e dos pais.

O instituto da Guarda Compartilhada está disciplinado através da Lei nº 11.698/2008, de 13 de junho de 2008, e surgiu no ordenamento jurídico brasileiro em virtude das modificações nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, viabilizando assim, que o exercício do poder familiar seja conservado em igualdade de obrigações e direitos entre os genitores.

Conforme o conceito de Grisard Filho (2000):

A guarda compartilhada [...] é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal. (GRISARD 2000, p. 115).

Nas palavras de Sandri (2013):

Este modelo de guarda proporciona inúmeras vantagens aos pais e aos filhos, pois, além de um maior contato entre os membros da família, as atribuições parentais são divididas entre os pais, proporcionando um ambiente saudável e adequado ao regular desenvolvimento dos filhos menores. (SANDRI 2013, p. 160).

A Lei brasileira confere aos pais um conjunto de direitos e de deveres sobre a pessoa e os bens dos seus filhos menores, o qual deve ser assumido sempre em benefício da prole e no sentido de integral proteção dos filhos como sujeitos especiais de direito, contando desde o seu nascimento e até completarem 18 anos de idade. É importante que os pais optem pela guarda compartilhada, pois haverá uma assistência maior às necessidades da criança, com o propósito de que ela conviva com ambos, mesmo que separados, compartilhando responsabilidades que contribuam para o seu desenvolvimento (MADALENO E MADALENO, 2013).

A guarda compartilhada pode ser uma grande aliada no processo de combate à alienação parental, proporcionando aos pais a oportunidade de melhorar o relacionamento e a participação na vida do filho, evitando a quebra do vínculo de afetividade entre eles e diminuindo, assim, os efeitos da separação, fazendo com que o filho tenha uma convivência regular com ambos os genitores, mesmo diante da separação conjugal, ou pode vir a ter efeitos contrários, caso os genitores não estejam de acordo sobre todas as decisões que envolvem a vida do menor. Isso também faz com que fiquem equilibrados os papéis dos genitores na perspectiva do melhor interesse da criança, a qual terá a oportunidade de desfrutar de amor, afeição, carinho e educação do pai e da mãe. Por fim, mantêm-se os laços afetivos no exercício em busca do melhor para a prole. (QUEVEDO, 2017).

É nesse contexto que se mostra de essencial importância à atuação do Poder Judiciário e de todos os profissionais envolvidos nesse processo de desmembramento familiar, para que acima de tudo, se garanta a criança e ao adolescente, a proteção a todos os seus direitos fundamentais contra um ambiente doméstico violento.

## **CONCLUSÃO**

Pelos aspectos apresentados, observa-se que a família sofreu grandes transformações ao longo do tempo. As mudanças sociais, políticas e econômicas que ocorreram interferiram diretamente na estrutura familiar, que deixou de ser patriarcal, cujo poder pertencia ao pai, sendo a esposa e os filhos meras propriedades deste, para se configurar uma família que valorizava os laços afetivos.

A seara do direito de família está em incessante mudança, diante das novas necessidades e evoluções sociais, que por sua vez tornam-se novos problemas que são levados ao Poder Judiciário para solucioná-las. Dentre essas inovações, foi apresentada a alienação parental, que é produto de uma sociedade a qual, após reivindicações, deteve o direito de escolher por manter ou não o vínculo conjugal com seu parceiro, garantindo igualdade nos direitos e deveres perante os filhos.

Deve-se estar claro que a alienação parental é uma prática assustadoramente dolorosa e de sequelas graves, talvez irreversíveis, todavia imperceptível aos olhos de uma criança, haja vista a sua ingenuidade e iniquidade de manipulação do alienador, imputando memórias falsas e agindo de forma ardilosa impedindo a aproximação do alienado ao menor.

As crianças e adolescentes têm sido vítimas deste mal sem ao menos conhecê-lo. Muitos pais e mães sequer percebem que estão sendo vítimas ou alienadores, por tão somente entender ser normal determinadas atitudes. Portanto,



o tema gera grande impacto, afinal somente conhecendo é possível evitá-lo, combatê-lo e remediá-lo. Com este mesmo intuito, existem movimentos, os quais há anos lutam pela institucionalização de fato, da diminuição dos atos de alienação parental e quaisquer outras prejudiciais aos direitos das crianças e adolescentes.

Em regra, estes movimentos são iniciativa de pais e mães separados que na ânsia de reestruturar os laços afetivos com seus filhos, uniram-se uns aos outros para promover ações em prol dos infantes. Com o auxílio destes movimentos, é que surgiram leis como a da Alienação Parental. Visto que a alienação parental é uma temática relativamente nova para o ordenamento jurídico, e com o intuito de ser mais uma ferramenta de amparo às vítimas das práticas alienantes entrou em vigor a Lei 12.318/10, que visa inibir e punir a alienação parental. Trata, em seus artigos, dos meios identificadores da síndrome, bem como as sanções sofridas por aqueles que a incitam, que podem ir desde uma advertência até a suspensão da guarda.

Tal lei objetiva viabilizar e permitir maior segurança aos aplicadores do direito através de meios para reconhecer a alienação parental. Além disso, como objetivo principal, é a garantia de uma convivência saudável do menor com seus pais, lhe sendo resguardado os seus direitos fundamentais previsto na Constituição Federal e entre outros, de forma a possibilitar que seu crescimento pessoal seja tranquilo, liberto de sequelas e traumas. Além disso, com base na referenciada lei a jurisprudência já se manifestou e se tem entendido que é possível a responsabilidade civil resultante dos atos da alienação parental. Portanto, há de se enfatizar que o direito das crianças e adolescentes é prioridade para o ordenamento jurídico, sendo tratado como direito fundamental e inclusive objeto de diversas leis específicas. Logo, torna-se de grande importância a identificação do alienador com brevidade para que os danos sejam minimizados ou para que eles sequer aconteçam.

Apesar de ser um problema velho, ainda são poucas as decisões judiciais acerca do tema nos tribunais brasileiros. No entanto, a Lei da Alienação Parental dará mais confiança às decisões dos magistrados que devem ser extremamente cuidadosos em suas sentenças. Diante de todo o exposto, ressalta-se a importância do envolvimento jurídico nas questões relacionadas à Síndrome da Alienação Parental, para que as vítimas sintam-se mais protegidas ao se depararem com tão grave problema.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>.  
Acesso em: 09 maio 2020.

CHAVES, Luís Cláudio. **Síndrome da alienação parental**. 2010. Disponível em:  
<<http://oabmg.jusbrasil.com.br/noticias/2385306/artigo-sindrome-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 12 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. Coordenação Maria Berenice Dias. 2 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FAGUNDES, Naiara Pivatto; CONCEIÇÃO, Geovana da. **Alienação Parental: Suspensão das Visitas do Genitor Alienador**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 688-707, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/ricc](http://www.univali.br/ricc) - ISSN 2236- 5044.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. ALEXANDRIDIS, Georgios. **Alienação Parental**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Heloíse Vanessa da Veiga; CHEMIM, Luciana Gabriel. Alienação Parental e a violação aos direitos fundamentais da criança e do adolescente. **Revista Jusbrasil**. Disponível em: <https://heloisevfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/263378429/alienacao-parental-e-aviolacao-aos-direitos-fundamentais-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em: 11 out 2020.

GARDNER, R. O DSM-IV **tem equivalente para o diagnóstico de SAP?** Trad. Rita Rafaeli, 2001. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br>> Acesso em: 10 maio 2020.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 115.

MADALENO. Ana Carolina Carpes, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. Importância da detecção com seus aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro, Editora: Forense, 2013.

MAZZON, José A. **Análise do programa de alimentação do trabalhador sob o conceito de marketing social**. 1981. Tese (Doutorado) Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo.

PECK, J.S.; MANOCHERIAN, J.R. **O divórcio nas mudanças do ciclo de vida familiar**. In: CARTER, B.; MCGOLDRICK, M. (Org.). As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar. 2ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

PEREZ, E. L. Breves comentários acerca da lei da alienação parental (Lei 12.318/2010). In:

DIAS, M. B. (Coord.) **Incesto e alienação parental** de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEVEDO, Mateus Winter de. **A alienação parental e seus efeitos no núcleo familiar**. 2017.

RÊGO, Pamela Wessler de Luna. **Alienação Parental**. (UNIRIO). Rio de Janeiro, 2017.

SANDRI, Jussara Schmitt. **Alienação parental: O uso dos filhos como instrumento de vingança entre os pais**. Curitiba. Editora: Juruá, 2013.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **Síndrome da Alienação Parental: o Bullying nas relações familiares**. In BDFam – Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2009.

SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário. A exclusão de um terceiro. In: **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **Mediação familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança**. 2011.

SOUZA, Juliana Rodrigues. **Alienação Parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2014.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de alienação parental. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21-30.

NOTAS:

---

[1] Vice-presidente da OAB Tocantins, Especialista em Direito Previdenciário e Ciências Políticas, Mestre em

Políticas Públicas, Professora das Universidades Católica e Estadual do Tocantins.

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA: OMISSÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA EM CASOS DE BALA PERDIDA**

**THATIANA DOS SANTOS PONTES:**

aluna finalista do curso de Direito da  
Universidade Luterana do Brasil campus  
Manaus

Armando de Souza Negrão[1]

**RESUMO:** O advento de ações cíveis contra o Estado nas últimas duas décadas tem causado preocupação, nas autoridades de segurança pública, pois a possível ameaça de responsabilidade civil pode impactar no trabalho policial, principalmente no combate ao tráfico de drogas. Muitas das ações da polícia acabam em tiroteios que atingem, muita das vezes, pessoas inocentes o que pode acarretar na responsabilidade civil do Estado. Este artigo tem por objetivo geral, analisar através da literatura como ocorre a responsabilidade civil do Estado quanto ao ato de omissão de segurança pública em casos de bala perdida, além de especificamente demonstrar quais tipos de responsabilidade civil do Estado; verificar quais os quais os momentos que cabe a responsabilização do Estado por omissão de segurança pública em casos de bala perdida; e, explicar quais os tipos de danos indenizáveis a respeito da temática. O trabalho possui contornos de relevância graças a dois pontos distintos. Em primeiro instante é primordial destacar o desenvolvimento das atuações estatais dos últimos anos, acréscimo dos direitos oferecidos por meio da carta magna de 1988, bem como as crescentes vantagens atribuídas pela máquina pública. Dessa maneira, com o crescimento do Estado, por tanto suas obrigações e incumbências também aumentam, modificando a judicialização de suas ações diárias. Neste trabalho também sucede-se a relevância de imprevistos para esta do nexo de causalidade para este comprometimento, especialmente nas ocorrências de bala perdida, suas conjunturas e características que podem isentar a responsabilidade do Estado, além das condições de quando o Estado não ser unicamente responsável pelo ocorrência. Neste sentido a pesquisa bibliográfica fundamentou o estudo com base na literatura existente em livros, revistas, jornais, arquivos, documentos e textos eletrônicos disponíveis nas bibliotecas, na grande rede mundial eletrônica - Internet e, nas instituições ligadas aos meios acadêmicos que possam disponibilizar dados de relevância para o desenvolvimento do tema. Conclui que quando o Estado é processado em tribunal civil, antes que um tribunal possa avaliar se um policial violou os direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, o tribunal deve primeiro determinar se o agente de segurança pública agiu de acordo com a lei.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade Civil. Segurança Pública. Direitos humanos.

**ABSTRAC:** The advent of civil actions against the State in the last two decades has caused concern in the public security authorities, as the possible threat of civil liability can impact police work, especially in combating drug trafficking. Many of the police's actions end up in shootings that often affect innocent people, which can result in the State's civil liability. This article has the general objective of analyzing, through the literature, how the State's civil liability occurs regarding the act of omission of public security in cases of stray bullet, in addition to specifically demonstrating what types of State civil liability; verify which are the moments that the State is responsible for omitting public security in cases of stray bullet; and, explain what types of damages are indemnifiable regarding the theme. The work has outlines of relevance thanks to two distinct points. In the first instance, it is essential to highlight the development of state actions in recent years, an increase in the rights offered through the 1988 Constitution, as well as the increasing advantages attributed by the public sector. In this way, with the growth of the State, therefore, its obligations and duties also increase, changing the judicialization of its daily actions. In this work, there is also the relevance of unforeseen events for this cause of causation for this compromise, especially in the occurrence of stray bullets, their circumstances and characteristics that may exempt the State from liability, in addition to the conditions when the State is not solely responsible by occurrence. In this sense, the bibliographic research supported the study based on the existing literature in books, magazines, newspapers, archives, documents and electronic texts available in libraries, in the great electronic world income - Internet and, in the institutions connected to the academic means that can make available data of relevance to the development of the theme. It concludes that when the State is sued in civil court, before a court can assess whether a police officer has violated the rights guaranteed by the 1988 Federal Constitution, the court must first determine whether the public security officer acted in accordance with the law.

Keywords: Civil Liability. Public security. Human rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 foi promulgada pelo Congresso Nacional para controlar a conduta ilegal por funcionários públicos, sejam eles federais, estaduais e/ou municipais. Codificado em lei federal como título de Lei de Abuso de Autoridade fornece penalidades criminais federais para funcionários públicos e locais que violarem os direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição Federal. Aprovada durante um governo de exceção (Governo Militar – 1964-1985) permite que os cidadãos processem por danos civis por privação de direitos garantidos pela Carta Constitucional. Quando o Congresso aprovou a Lei do Abuso de Autoridade, ela não foi controversa porque apenas acrescentou recursos civis ao crime cometido

por agente público. Com a edição do Código Civil de 2002 as penalidades finais estabelecidas ganharam contorno mais abrangentes e, no caso da responsabilidade civil do Estado com relação a ação de policiais se tornou extremamente controversa devido ao seu amplo impacto sobre o pessoal da segurança pública, especialmente os policiais. O demandante deve mostrar que o policial estava agindo sob a cor da lei, bem como privando o demandante de um direito claramente estabelecido garantido pela CF de 1988, ou seja, um direito. Desta forma, o trabalho de pesquisa sobre responsabilidade civil do Estado por ações policiais tem se concentrado exclusivamente na exigência de privação de direitos constitucionais e sobre o número crescente de processos movidos contra o Estado. Neste sentido, estudo abordará a questão da responsabilidade civil do Estado por ações da segurança pública que termine em morte de inocentes por balas perdias que, se constitui em um tema polêmico de muitas discussões, no âmbito acadêmico e da sociedade, entre legisladores, doutrinadores e estudiosos do ordenamento jurídico brasileiro. Nasceu de uma preocupação que tem base nas seguintes indagações: Qual a maneira que está sendo tratada a responsabilidade civil do Estado pelas ações da segurança pública? Como está sendo vista, no Brasil, o Caso Fortuito e a Força Maior da responsabilidade civil do Estado nas ações da segurança pública? Diante dos questionamentos supra citados, o planejamento proposto neste estudo encontrou amparo no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 pela Lei nº. 8.078/1990, que apresenta as hipóteses da responsabilidade civil. Apesar de não ser aceito na responsabilidade objetiva e na teoria do risco por alguns doutrinadores e legisladores, existem situações anormais ocasionadas pela força maior e o caso fortuito, sendo hipóteses de excludentes da responsabilidade civil do Estado, pois são situações que estão além daquilo que é previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, a justificativa pela escolha do referido tema, "Responsabilidade civil do Estado por omissão da segurança pública: omissão da segurança pública em casos de bala perdida", decorreu da inquietação em descobrir se o Estado estará somente amparado na Lei nº. 8.078/1990, pelo Código Penal em seu art. 23 que fala do excludente de ilicitude, ou existem caminhos alternativos para eximir-se da responsabilidade, pois ao que parece tais artigos não dão total segurança e conforto àqueles. Além disso, outro fator motivador da pesquisa encontra-se no fato de dúvidas e conflitos doutrinários e jurisprudenciais existirem a respeito da aplicabilidade da força maior e do caso fortuito nas ações de segurança pública, já que não são citados na lei consumerista, mas a ele se aplica através do Código Civil em seu artigo 393, parágrafo único. Outro ponto fundamental neste estudo, têm como vetor o ônus da prova, variável muito discutida no Direito brasileiro, pois, consiste em elemento fundamental nas alegações, cabendo descobrir a quem deve tal onerosidade, mesmo sendo adotada a responsabilidade civil objetiva. Nesse sentido, sabe-se que na prática existem situações na qual o Estado quer livrar-se de tal responsabilidade. A teoria da responsabilidade objetiva, também

abordada neste trabalho, não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o novo aspecto focado pelo Código Civil de 2002. Não se pode deixar de abordar neste trabalho as questões da Teoria do Risco, pois há ligações indispensáveis que não poderiam ficar sem um enfoque para o melhor entendimento do assunto. Desta forma, este artigo vai analisar através da literatura como ocorre a responsabilidade civil do Estado quanto ao ato de omissão de segurança pública em casos de bala perdida, além de especificamente demonstrar quais tipos de responsabilidade civil do Estado; verificar quais os momentos que cabe a responsabilização do Estado por omissão de segurança pública em casos de bala perdida; e, explicar quais os tipos de danos indenizáveis a respeito da temática. Este estudo utilizou o método de abordagem dedutivo, onde se fez à extração discursiva da teoria jurídica existente partindo das premissas mais gerais do Direito Civil e do Direito Constitucional focadas em no ordenamento jurídico a respeito da responsabilidade civil. Ademais, o procedimento utilizado levou em consideração os fundamentos e procedimentos da pesquisa histórica como embasamento para o trabalho, na legislação existente relacionadas diretamente ao tema escolhido. Neste sentido a pesquisa bibliográfica fundamentou o estudo com base na literatura existente em livros, revistas, jornais, arquivos, documentos e textos eletrônicos disponíveis nas bibliotecas, na grande rede mundial eletrônica - Internet e, nas instituições ligadas aos meios acadêmicos que possam disponibilizar dados de relevância para o desenvolvimento do tema. Estes levantamentos bibliográficos permitiram ter acesso as mais modernas formas de interpretação, do tema de estudo, dado por diversos doutrinadores contemporâneos. Portanto, a pesquisa bibliográfica, será desenvolvida basicamente com material já elaborado com relação genérica e específica acerca do tema preposto.

## **1 RESPONSABILIDADE CIVIL**

A ordem jurídica têm como foco principal, proteger o lícito e reprimir o ilícito, sendo que, tal ordem por meio da natureza do direito, estabelece deveres que podem ser positivos, de dar ou fazer, como podem ser negativos, de não fazer ou tolerar algo, ou seja, de acordo com o direito romano, é um direito de não prejudicar ou causar dano a ninguém (CARVALLIERI FILHO, 2014).

Contudo, alguns desses deveres atingem a todos indistintamente, como exemplo: os direitos absolutos e os direitos relativos que tem como ponto principal pessoas ou pessoas determinadas (CARVALLIERI FILHO, 2014).

Entende-se, assim que, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo está condicionada as exigências da convivência social. Ou seja, é uma ordem ou comando imposto à inteligência e à vontade dos indivíduos,



pois, à medida que é imposta por deveres jurídicos, criam-se automaticamente obrigações (CARVALLIERI FILHO, 2014).

Assim, a responsabilidade civil vem definida por Savatier (1939) apud Rodrigues (2012, p. 33) como a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

A questão é se o dano que o individuo sofreu deve ou não ser reparado por aquele que causou o prejuízo, verificando que o mesmo será reparado, caracterizando dessa forma a teoria da responsabilidade civil, sendo uma contraprestação pela idéia de obrigação. Há de se observar que a menor amplitude na indenização do dano constitui um inconveniente para o interesse da sociedade, já que não se pode evitar, de modo absoluto, a superveniência de eventos que causam prejuízos a uns, a solução é propiciar meios para sua reparação. Dessa forma, tem-se que toda atitude ou ato de alguém que, violando o dever jurídico originário, causando prejuízos ao próximo é fonte geradora da responsabilidade civil (RODRIGUES, 2012).

O nexos causal se constitui em um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. Mas como lembra Cavalieri Filho (2014, p. 48), o conceito de nexos causal não é jurídico, pois decorre das leis naturais, constituindo apenas o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

No estudo da responsabilidade civil, estão presentes três elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista, ou seja, a ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta; um dano; e, o nexos de causalidade entre um e outro. Contudo, não basta que o agente haja procedido contra *jus*, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um erro de conduta. Além do mais, não basta que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo de indenizar, pois se não houve um prejuízo a conduta ilícita, este não gera a obrigação de indenizar ((CARVALLIERI FILHO, 2014).

Para isso, é necessária além da ocorrência dos dois elementos precedentes que se estabeleçam uma relação de causalidade entre o ato ilícito da ação e o mal causado. Assim sendo, o nexos causal é indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito ou da instituição, neste caso o Estado (RODRIGUES, 2012).

Embora a obrigação e a responsabilidade estejam interligadas e aparentam ser uma coisa só, na obrigação tem-se um dever jurídico originário, enquanto que na responsabilidade verifica-se um dever jurídico sucessivo, ou seja, este último viola o primeiro. Por isso, se alguém se compromete a fornecer ou prestar algum tipo de

serviço à outra pessoa, está assumindo uma obrigação, um dever jurídico originário, pois uma vez não cumprida tal obrigação, o responsável pela prestação do serviço estará violando o referido dever jurídico originário, tendo em contrapartida a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação (GOMES, 2015).

Dessa forma, aduz Cavalieri Filho (2014, p. 24), “assim como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação”.

O Novo Código Civil distingue a obrigação da responsabilidade no seu artigo 389 como sendo: “art. 389. Não cumprida a obrigação responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (VADE MECUM, 2003, p. 210).

Assim, no artigo: que não cumprida a obrigação o devedor será responsabilizado por perdas e danos tanto na responsabilidade contratual, quanto na extracontratual (VADE MECUM, 2003).

Outro artigo, no qual categoriza o dever de indenizar como uma obrigação é o artigo 927 do Novo Código Civil, também chamado pelo Código de a “obrigação de indenizar”.

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. (VADE MECUM, 2003, p. 233).

Como dito anteriormente, a responsabilidade civil opera a partir do ato ilícito, ficando o indivíduo obrigado a responsabilizar aquele que sofreu o dano ou prejuízo. Então a natureza jurídica da obrigação de indenizar está dividida em duas partes: as obrigações voluntárias e as obrigações legais (RODRIGUES, 2012).

Na primeira tem-se a obrigação criada por negócio jurídico em função do princípio da autonomia de vontade. Já na segunda parte, têm-se as obrigações impostas pela lei, ou seja, a lei lhe dá conteúdo. Para alguns doutrinadores, pode existir responsabilidade sem obrigação, como no caso da fiança e outras situações. A responsabilidade civil, também é da mesma natureza do dever jurídico originário,

ou de natureza diferente (quando a prestação é de fazer e a responsabilidade é de indenização em dinheiro) (GOMES, 2015).

A principal função da responsabilidade civil é de obrigar o agente causador do dano, a repará-lo no todo ou em parte junto à vítima do evento, pois o dano causado pelo ato ilícito gera um desequilíbrio jurídico-econômico entre ambos os sujeitos, uma vez que, em no ordenamento jurídico brasileiro, o principal objetivo é o restabelecimento do referido equilíbrio, colocando o prejudicado em *statu quo ante*, repondo-o à situação anterior a lesão sofrida, mediante indenização proporcional ao dano (CAVALIERI FILHO, 2014).

Por esse motivo, a responsabilidade civil é dividida em várias espécies, tais como: a responsabilidade civil e penal, tendo o ato ilícito, pela sua gravidade e suas consequências, repercutindo tanto na ordem civil, como na ordem penal, constituindo assim um crime ou contravenção; a responsabilidade contratual e extracontratual; a responsabilidade subjetiva e objetiva; e, a responsabilidade nas relações de consumo, sendo esta última um dos focos principais que resulta no dever de reparar o dano ao consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014).

Com isso, no momento em que uma pessoa, mediante atitude ou conduta culposa, viola direito de outra pessoa (física ou jurídica de direito público ou privado) e causa-lhe dano e, diante do ato ilícito verifica-se o dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil, ressalta-se que, por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e, principalmente os absolutos reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem (GOMES, 2015).

Contudo, vale ressaltar, que a responsabilidade civil não constitui em uma das fontes das obrigações, mas uma consequência da falta do cumprimento ou do defeito, ou seja, o cumprimento inadequado de uma obrigação que gera para o credor, o poder de acionar o devedor diante dos prejuízos (RODRIGUES, 2012).

Historicamente, a noção de responsabilidade civil, anteriormente à Lei Aquília, tinha características diversas, bastante primitivas, pois a existência de um dano acarretava a imposição de uma pena, sem qualquer análise dos fatos que poderiam gerar esse prejuízo (FERRAZ DONNINI, 2014).

## **2.1 Pressupostos da Responsabilidade Civil**

Alguns doutrinadores, como o nobre Almeida (2013), informam alguns pressupostos de responsabilidade civil, que são: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; e d) dano experimentado pela vítima.

O art.186 do Código Civil trata da ação ou omissão, dispondo o seguinte: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (VADE MECUM, 2003, p. 200).

Por isso, a responsabilização do agente se dá através de ato próprio ou de ato de terceiro, que esteja sob a responsabilidade do mesmo agente, além dos danos causados por coisas que estejam sob seus cuidados. A responsabilidade pelos atos próprio do agente é justificada pelo Princípio da Teoria da Reparação, ou seja, pela sua ação de infringir legal ou socialmente uma terceira pessoa que deverá ter a reparação do evento (FERRAZ DONNINI, 2014)..

Dessa forma, a responsabilidade por ato de terceiro é verificada quando uma pessoa responde pelo dano causado a outra pessoa, não pelo ato de si própria, mas por ato de alguém que está sob a sujeição daquele. Assim sendo, se tem exemplos cotidianos, tais como: o patrão que é responsável pelos atos de seus empregados, ou o pai que responde pelos atos dos filhos menores e assim por diante (RODRIGUES, 2012).

Tal modelo de responsabilidade por fato de terceiro, é vista pelos doutrinadores como jurisprudência consagrada, como um meio de segurança para o indivíduo prejudicado. No exemplo do patrão com o empregado, embora este seja o causador do dano, os dois respondem solidariamente pelos prejuízos, ficando a escolha da vítima a possibilidade de pleitear indenização contra um ou contra o outro. Lógico que, pelo fato do empregador ter mais condições econômicas e uma melhor solução para problema, este será responsabilizado (GOMES, 2015).

A responsabilidade por fato de terceiro apresenta-se dentro de relações contratuais, tal como é o caso da responsabilidade dos hoteleiros, pois estes são responsáveis pelas bagagens dos hóspedes, inclusive por furto e roubos que venham ocorrer em seu estabelecimento, mas é preciso estar atento a situações na qual, a vítima age de má-fé devido à falta de cuidado do agente (CAVALIERI FILHO, 2014).

Já na culpa do agente – este tipo de pressuposto da responsabilidade civil é caracterizado pela culpa “*stricto sensu*” ou dolo do agente que causou o prejuízo. Pois, como já foi dito a lei é que declara se alguém causou prejuízo a outrem, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, ficando obrigado a reparar o dano (FERRAZ DONNINI, 2014).

Mas, para que seja caracterizada a responsabilidade, é necessária a prova de que o comportamento do agente causador do dano tenha sido doloso ou menos culposo, ou seja, deve ser considerado a responsabilidade subjetiva que está imposta pelo Código Civil. Se há dolo, é porque o agente causador do dano quis fazê-lo através de seu comportamento. Se há culpa é porque o gesto do agente não visava causar prejuízo a outrem, mas por haver negligência, imprudência ou imperícia resulta um dano para ela (FERRAZ DONNINI, 2014).

Desta forma, para a vítima pleitear indenização contra o agente causador do dano, deverá provar que este agiu culposamente. Ocorre que, pela dificuldade da vítima comprovar a culpa do agente, fica quase que impossível ter seus danos reparados por meio de indenização pecuniária, ficando irressarcida (CAVALIERI FILHO, 2014).

Por esse motivo, existem vários tipos de recursos e procedimentos para atenuar o ônus probatório, representado pela adoção da teoria do risco, ou da responsabilidade objetiva. Embora a regra no Código Civil seja a responsabilidade civil subjetiva, tendo como principal elemento a culpa, existem situações que o direito brasileiro admite a responsabilidade sem culpa presumida, ou seja, a responsabilidade objetiva (GOMES, 2015).

Na relação de causalidade – para que o agente causador do dano seja obrigado a reparar o prejuízo, faz-se necessário a relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa e o dano sofrido pela vítima. Contudo, se a vítima experimentar um dano que não resultou do comportamento ou atitude do réu, o pedido de indenização pelo ocorrido será indeferido pelo magistrado. Por esse motivo, que as excludentes da responsabilidade civil devem ser estudadas, ou seja, se não houve culpa do agente, a indenização não será cabível, sendo culpa exclusiva da vítima. Dessa forma, está caracterizada a falta de nexo de causalidade entre o ato daquele e o dano por este experimentado (CAVALIERI FILHO, 2014).

Assim descreve Gonçalves (2016, p. 25) sobre a Relação de Causalidade, no qual, “sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar”.

Já no caso do dano experimentado pela vítima – a responsabilidade civil só será verificada, se o dano causou prejuízo a alguém. Somente assim, poderá ser aludido o ato ilícito no direito civil. E, caso tenha ocorrido o prejuízo, a vítima poderá pleitear o dano ressarcível, ou seja, é o prejuízo causado a outra pessoa, tendo como consequência os danos emergentes e os lucros cessantes, bem como a indenização pelo produto danificado, como despesas hospitalares, lucros não auferidos durante

o período que ficou incapacitado de fazê-lo, que funciona como uma forma de amenizar os prejuízos e sofrimentos da vítima (FERRAZ DONNINI, 2014).

Com isso, conforme lição extraída do direito civil, a reparação do dano patrimonial há que incluir tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Dano Emergente é o que efetivamente o consumidor perdeu na relação de consumo, em relação ao seu patrimônio original (anterior à relação) e que por justiça não deveria ter perdido. Já o Lucro Cessante é o que, razoável e injustamente, o consumidor deixou de ganhar em decorrência da relação de consumo (CAVALIERI FILHO, 2014).

## **2.2 Da responsabilidade objetiva, subjetiva, administrativa e criminal**

O Código Civil manteve em seu art. 186 os fundamentos da responsabilidade civil subjetiva, sendo a culpa, o seu principal pressuposto, derivada de ilícito extracontratual ou aquiliana. Daí, a palavra 'culpa' ser empregada no sentido amplo, ou *lato sensu*, e o 'dolo' em *stricto sensu* (FERRAZ DONNINI, 2014).

Com isso, sempre foi necessário que a vítima comprove a culpa do agente para que possa ter a reparação do dano sofrido. Por isso que a regra básica no direito privado é a responsabilidade com culpa. Essa regra se torna inadequada nas relações entre Estado e o cidadão, uma vez que existe grande dificuldade de demonstrar a culpa do Estado, já que este possui os elementos de prova. Por essa dificuldade imposta à vítima, as mudanças tecnológicas e, o crescimento populacional, fizeram com que legisladores e doutrinadores em vários países, como os Estados Unidos, a França, a Itália e, a Alemanha, sustentassem a responsabilidade objetiva sem culpa, baseada na teoria do risco, adotada pela Lei brasileira no novo Código Civil em seus artigos 927, 931 dentre outros (FERRAZ DONNINI, 2014)..

Por isso, a responsabilidade civil objetiva por estar calcada na teoria do risco, em face deste ser criado pela atividade, é que emerge a responsabilização pelos danos causados em decorrência da conduta de quem pratica e se beneficia de tal atividade, não sendo necessária a prova de dolo, negligência, imprudência ou imperícia - culpa *lato sensu* (RODRIGUES, 2012).

Nota-se claramente que na responsabilidade civil objetiva, a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, ou seja, existindo a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e o ato do agente, existirá o dever de indenizar, mesmo que este tenha agido culposamente ou não (CAVALIERI FILHO, 2014).

Pois, dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*, sendo que em certas circunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar (GONÇALVES, 2016).

Com isso, um modo de afirmar a responsabilidade civil, sem a necessidade de provar o lesado à conduta culposa do agente, mas sem repelir o pressuposto subjetivo da doutrina tradicional determinadas pela lei que enuncia a presunção. Em outras palavras, é a elaboração jurisprudencial que, partindo de uma idéia assentada na culpa, inverte a situação impondo o dever ressarcitório. Do contrário o acusado deverá demonstrar que o dano foi causado pelo comportamento da própria vítima (GOMES, 2015).

A legislação do consumidor é o exemplo mais recente de responsabilidade objetiva no nosso ordenamento jurídico. Portanto, o âmbito da responsabilidade sem culpa aumenta significativamente em vários segmentos, além do que, a teoria da responsabilidade objetiva não pode ser admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados em lei ou sob o do novo aspecto enfocado pelo Novo Código Civil (RODRIGUES, 2012)

A responsabilidade jurídica subjetiva se caracteriza pela culpabilidade a partir do momento que sua ação poderia ser muito bem evitada pela atuação de outra forma, ou seja, se materializa apenas se houver dolo do agente causador do dano. A culpa estudada é tratada em sentido amplo, como consequência de um fato voluntário, compreendendo o dolo, que é a violação intencional de uma obrigação jurídica (DINIZ, 2010).

A responsabilidade administrativa se afirma a partir da verificação da conduta dos agentes públicos e no caso do abuso de autoridade se busca entender e comprovar se houve ou não houve a ação ilegítima. Segue os ditames do Devido Processo Legal, garantido o direito ao contraditório e a ampla defesa do acusado (ARAÚJO, 2103).

Assim, o órgão público quando recebe a representação, determina a imediata instauração de inquérito, constituindo uma comissão de inquérito que vai apurar se os fatos apresentados na representação são verdadeiros ou não. Os procedimentos são os naturais de um inquérito: oitiva de testemunhas, recolha de documentação e perícia, caso seja necessário (MADEIRA *et. all.*, 2005).

Caso os elementos probatórios no sentido de se descobrir a verdade. E o que é a verdade? Segundo o dicionário Aurélio (2012) é a conformidade da ideia com o objeto, do denominado dito com o feito, o encontro do discurso com a realidade; que tem qualidade do que é verdadeiro. O dicionário é bem claro quando define o vocábulo verdade: Aquilo que é verdade. Segundo Almeida (2003, p. 116), a verdade está diretamente vinculada à apuração dos fatos consubstanciada pelo levantamento de provas e é isso que se busca com o inquérito administrativo.

O trabalho da Comissão de Inquérito envolve o cumprimento eficaz de seus deveres e funções, investidos no Poder de Polícia Administrativa consagrado no ordenamento jurídico do Brasil. Alguns desses elementos estão relacionados à prevenção e detecção do crime, como a autorização para proceder busca e apreensão, localidades em que o crime de abuso de autoridade foi cometido ou vestígios que estes foram deixados; busca de provas e o seu confisco para instruir o processo administrativo (GOMES, 2013).

O referido autor assevera também que o estudo do uso de provas para formação da convicção a partir da descoberta da verdade real evoluiu e continua evoluindo no Brasil de forma vertiginosa, sempre contendo a definição de levantamento de informações e produção de conhecimento na produção direta de provas, desde que resguardadas a devida legalidade em sua obtenção sob pena de anulação do inquérito em função do uso de informações não autorizadas (GOMES, 2007).

Assim, caso se configure a conduta ilegal, cabe a comissão de inquérito sugerir a aplicação de sanção no âmbito administrativo que deve seguir o determinado pela Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 que são as sanções:

- a) advertência;
- b) repreensão;
- c) suspensão do cargo, função ou posto por prazo de cinco a cento e oitenta dias, com perda de vencimentos e vantagens;
- d) destituição de função;
- e) demissão;
- f) demissão, a bem do serviço público.

O termo responsabilidade criminal foi tipificado na Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 em seus arts. 3º e 4º da Lei 4.898/65, como forma de coibir as condutas ilegítimas cometidas por agente público e no sentido de prover as garantias e direitos fundamentais das pessoas. São denominados de crimes de responsabilidade impróprios que podem sofrer punição de pena restritiva de



liberdade. Servem de fundamento para aplicação da sanção penal o intervalo entre os arts. 42 a 56 do Código Penal com as seguintes punições:

- a) multa de cem a cinco mil cruzeiros (hoje adaptado a moeda corrente no país);
- b) detenção por dez dias a seis meses;
- c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três (3) anos.

Também estabeleceu a lei o tempo de prescrição do crime de abuso de autoridade, se utilizado do art. 1.226 do Código Penal, que estabelece o prazo para prescrição de dois (2) anos (ARAÚJO, 2013).

Também garantiu a referida lei, a necessidade da celeridade com o uso do procedimento sumaríssimo, ou seja, o Ministério Público tem até 48 horas, a contar da apresentação da representação da lesado para oferecer a denúncia. Mais caso o prazo não seja cumprido não ocorrerá a decadência. Cabe ao Ministério Público interpretar a representação e buscar os elementos que irão fundamentar a ação, caso contrário não deverá arquivar o mesmo (ARAÚJO, 2013)

### **3 TEORIA DO RISCO CRIADO**

A teoria do risco foi descrita por alguns juristas, como fundamento principal da responsabilidade civil, que por coincidência ocorreu no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial teve vários problemas de reparação nos acidentes de trabalho, ou seja, o risco significa perigo, provável dano que deve ser reparado por aquele que exerceu uma atividade perigosa (MÁRIO, 2012).

Assim, a doutrina do risco pode ser resumida como: todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano (CAVALIERI FILHO, 2014).

Em torno da idéia central do risco, surgiram várias subespécies ou modalidade que alguns doutrinadores identificam, tais como: o risco proveito, risco profissional, risco criado, dentre outros. Porém, o que vai importar neste trabalho é a teoria do risco criado, ou seja, como descreve Mário (2012, p. 24) "aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evitá-lo". Por essa definição, verifica-se que a ação dos agentes de segurança pública visam satisfazer

a necessidade da sociedade na sua utilidade, comodidade, funcionalidade, atendendo as suas expectativas para que funcionem adequadamente.

No entanto, mesmo com todas as precauções, diligências, rigorosos controles, ou ainda, utilizando-se dos mais modernos meios de tecnologia para a investigação criminal, pode ocorrer destes entrarem em uma ação que acabe em tiroteio e causar lesões à saúde, à segurança e ao patrimônio das pessoas (LAZZARINI, 2013).

Observa-se que estes danos, anônimos e inevitáveis ou mesmo ocultos, não são produzidos por pessoas e sim por ação na qual se repetem com frequência, pois algumas superveniências de fatores podem acarretar riscos e danos (LAZZARINI, 2013).

Desta forma, para atender aos anseios da comunidade relação ao ressarcimento, buscou-se livrar a vítima da prova de culpa, não só pela grande dificuldade que este tinha de provar a culpa do agente causador do dano, mas também pelas hipóteses de dano que não permitiam a imputação de culpa a uma pessoa.

Devido às falhas sistêmicas que ocorrem e a impossibilidade prática de sua completa eliminação, surgiram vários meios legais de indenização de danos pelo simples fato da ação do agente potencialmente danosos, atribuindo a ele a responsabilidade dos danos causados à vítima e a terceiros, via de regra, aquele que lucra com uma determinada atividade deverá responder pelos riscos ou desvantagens dela decorrente.

Por esse motivo, surge a 'Teoria do Risco Criado, que tem o sentido de atribuir ao Estado o dever de reparar danos causados as pessoas pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa, ou seja, faz com que o agente assuma todos os riscos de sua atividade. Com esse princípio o legislador ampliou a garantia em ter reparado o dano sofrido (BATISTA ALMEIDA, 2013).

Assim, pela regra geral evita-se causar prejuízo a outra pessoa, além do dever especial de não agir de forma que acarreta riscos à saúde e segurança das pessoas, encontra amparo na legislação nacional. Fica evidente que o descumprimento dos deveres por parte do agente implicará a sua responsabilidade civil, com a consequente obrigação de indenizar a vítima pelo Estado (BATISTA ALMEIDA, 2013).

#### **4 PODER DE POLICIA**

Quando se estuda o regime jurídico-administrativo a que se submete a Administração Pública, conclui-se que os dois aspectos fundamentais que o caracterizam são resumidos nos conceitos de prerrogativas e sujeições, as primeiras concedidas à Administração para oferecer-lhe meio para assegurar o exercício de suas atividades e as segundas como limites opostos à atuação administrativa em benefício dos direitos dos cidadãos. Praticamente todo o direito administrativo cuida de temas em que se colocam em tensão dois aspectos opostos: a autoridade da Administração Pública e a liberdade individual. O tema relativo ao poder de polícia é um daqueles em que se colocam em confronto esses dois aspectos: de um lado, o cidadão que exercer plenamente os seus direitos; de outro (DI PIETRO 2012).

A administração tem por incumbência condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo e ela o faz usando de seu poder de polícia. Não existe qualquer incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites a eles opostos pelo poder de polícia do Estado porque, como ensina Spencer (2014, p. 191): “a idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado.”

Spencer (2014, p. 197) diz: “O poder de polícia constitui antes um meio de assegurar os direitos individuais porventura ameaçados pelo exercício ilimitado, sem disciplina normativa dos direitos individuais por parte de todos”. Acrescenta ainda, o mesmo autor “que se trata de limitação à liberdade individual mas tem por fim assegurar esta própria liberdade e os direitos essenciais do homem”.

O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá a administração posição de supremacia sobre os administrados. O vocábulo polícia origina-se do grego politeia, sendo utilizado para designar as atividades da cidade-estado (polis), sem qualquer relação com o sentido atual da expressão. Cavalcanti (2010, p. 578) observa:

Na Idade Média, durante o período feudal, o príncipe era detentor de um poder conhecido como jus politeia e que designava tudo o que era necessário à boa ordem das sociedade civil sob autoridade do Estado, em contraposição à boa ordem moral e religiosa, da competência da autoridade eclesiástica.

GOMES (2013, p. 114) também observa com propriedade:

Em fins do século XV, o jus politeia volta a designar, na Alemanha, toda a atividade do Estado, compreendendo poderes amplos de que dispunha o príncipe, de ingerência na

vida privada dos cidadãos, incluindo sua vida religiosa e espiritual, sempre sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem estar coletivo. No entanto, logo se estabeleceu uma distinção entre a polícia e a justiça; a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à administração, e eram aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos tribunais; a Segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe e que eram aplicadas aos juízes. Esse direito de polícia do príncipe foi sofrendo restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, paulatinamente, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, chegando a um momento em que se reduzia a normas relativas à atividade interna da administração. Posteriormente, ainda, passou-se a ligar a polícia à idéia de coação; nesse momento, começou-se a distinguir a atividade de polícia das demais atividades administrativas, hoje chamadas serviço público e fomento.

Em resumo, nesta fase, conhecida como Estado de Polícia, o *jus politeia* compreendia uma série de normas postas pelo príncipe e que se colocavam fora do alcance dos Tribunais. Com o Estado de Direito, inaugura-se nova fase em que não se aceita mais a idéia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submetia. Um dos princípios básicos dos Estado de Direito é precisamente o da legalidade, em consonância, com o qual o próprio Estado se submete às leis por ele mesmo postas (ROHRIG, 2016).

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do liberalismo, em que a preocupação era de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista; a sua atuação não se limita mais à segurança e passa a estender-se também à ordem econômica e social (ROHRIG, 2016).

Antes de iniciar-se o século XX, os autores começam a falar em uma polícia geral, relativa à segurança pública, em polícias especiais, que atuam nos mais variados setores da atividade dos particulares. O crescimento do poder de polícia se deu em dois sentidos (ROHRIG, 2016):

1 - De um lado passou a atuar em setores não relacionados com a segurança, atingindo as relações particulares, anteriormente fora do alcance do Estado; o próprio conceito de ordem pública, antes concernente apenas à segurança, passou a abranger a ordem econômica e social, com medidas relativas às relações de

emprego, ao mercado dos produtos de primeira necessidade, ao exercício das profissões, às comunicações, aos espetáculos públicos, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e artístico nacional, à saúde e tantas outras (ROHRIG, 2016);

2 - De outro lado, passou a possibilitar a imposição de obrigações de fazer, como o cultivo na terra, o aproveitamento do solo, a venda de produtos; a polícia tradicional limitava-se a impor obrigações de não fazer. Para alguns autores, essas medidas escapam ao poder de polícia e se apresentam como novo instrumento de que o Estado dispõe para intervir na propriedade, com vistas a assegurar o bem comum, com base no princípio da função social da propriedade (ROHRIG, 2016).

Na realidade, quer se trate de obrigação negativa, que se trate de obrigação positiva, a pessoa que a cumpre está sofrendo uma limitação em sua liberdade, em benefícios do interesse público. Não se pode dizer que haja atividades estatais de conteúdo diverso quando o Estado impede que o comerciante fixe os seus próprios preços (obrigação de não fazer) ou quando exige que ele ponha à venda determinados produtos estocados (obrigação de fazer). Nos dois casos, O Estado intervém na economia, utilizando-se do seu poder de polícia dos direitos individuais ao bem estar geral (LAZZARINI, 2014).

## **5 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

A responsabilidade civil do Estado está prescrita no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 que dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro admite que o Estado seja objetivamente responsabilizado por atos dos seus agentes que causarem danos a terceiros, observando que caberá o direito de regresso contra os causadores dos danos, se comprovada a culpa ou dolo.

Nas lições de Bittar (2008, p.147) é ensinado que:

Dentre as pessoas jurídicas de direito público, podem figurar como responsáveis os entes da administração direta, ou indireta, como autarquias, empresas públicas e de economia mista e os serviços institucionalizados de cooperação com o poder público, como os da área da assistência social e da educação. Ajuntam-se a esse quadro de responsáveis as fundações públicas, que também arcam, por si, com os efeitos de fatos danosos, e as entidades concessionárias de serviços públicos, ou mesmo permissionárias, ou seja, aquelas que prestam serviços de interesse público, diante de contratos ou de atos administrativos, com relação aos eventos a ela referentes, e sem prejuízo de responsabilização indireta do Estado.

Dessa forma, o Estado deverá indenizar toda vítima de lesão causada pelos seus agentes, bem como por aqueles a quem o Estado delegou tarefas, independentemente de dolo ou culpa, através da responsabilidade objetiva a que está submetido.

São dois (2) os sujeitos tipificados no crime cometidos pelo agente público que podem responsabilizar o Estado: o sujeito ativo e o sujeito passivo. Segundo Madeira *et. all.* (2005) o sujeito que é denominado com ativo é o agente público mesmo, mesmo que não esteja investido na atividade laboral no momento do crime, já que o que implica é sua condição jurídica de agente público.

Para Faria (2017) o que importa é se ele foi cometido por agente público não se podendo confundir com abuso de poder que é um crime cometido por particular, ou seja, quando usa a sua arma sem a reocupação com os resultados do uso desta arma, mesmo que em legítima defesa, esse agente assume o risco.

Mas, conforme preceitua Faria (2017) uma terceira pessoa que não faz parte dos quadros dos agentes público, mas que proferiu ação de ajuda ao agente público para cometer o ato também se condiciona as sanções previstas na Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 de Abuso de Autoridade, em função da figura jurídica denominada pela jurisprudência de concurso de agentes.

O segundo sujeito tipificado como sujeito do ato pela Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 é o denominado sujeito passivo e eles estão sub classificados em sujeito passivo mediato que é o próprio Estado que é o elemento balizador das regras sociais e que não pode ferir as normas que vão de encontro aos determinantes dos direitos e garantias individuais do cidadão e o denominado sujeito passivo que é o

cidadão que teve os seus direitos vilipendiados. Existem dois sujeitos passivos, o mediato, que é o Estado titular da Administração Pública, pois há ferimento às normas administrativas. E o sujeito passivo imediato que é o cidadão que teve seus direitos violados (CAHALI, 2007).

### **5.1 Elemento subjetivo**

A Lei nº 4,898 de 09 de dezembro de 1965 considera como ato ilícito ou ato de abuso de autoridade a lesão dolosa cometida pelo agente público investido da função pública de forma ilegítima por livre e espontânea vontade realizado em função de sua autoridade e poder do cargo e/ou função pública cometido com conduta vingativa, maldosa, imbuído de vaidade e que acaba por agir ilegitimamente cometendo uma injustiça ou perseguição. Isso quer dizer que a conduta deve ser dolosa e não culposa já que imperícia, negligência e imprudência não se caracterizam como crimes que podem estar sujeitos a responsabilidade civil e/ou penal (CAHALI, 2007).

Assim a ação da conduta do agente público tem que ser caracterizado pela consequência da lesão aos direitos e garantias fundamentais do cidadão em uma ação puramente dolosa, ou seja,. Agir com a intenção de lesar alguém em seu direito de personalidade (CAHALI, 2007).

Freitas e Freitas (2017) enumeram algumas condutas que se tipificam com ações culposas, como por exemplo um ato de imperícia, mas cometido sem a necessária intenção de lesar alguém e no julgamento do mérito não se caracterizou a necessidade de responsabilidade civil; também enumeram alguns casos tipicamente de responsabilidade civil, justamente por que se teve a intenção de causar lesão ao direito de personalidade do cidadão e sanções foram aplicadas no âmbito administrativo (suspensão do exercício da função por trinta (30) dias); no âmbito civil (indenização pecuniária por parte do Estado) e, no âmbito penal com a condenação de seis (6) meses de reclusão em regime aberto para agente.

### **5.2 Consumação e Tentativa**

Não há crime que possa ensejar a responsabilidade civil se não houver a real intenção de causar lesão (dolo) segundo os ditames da Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965, ou seja, não é qualquer conduta considerada abusiva que se configura no crime de abuso de autoridade em que tanto o agente bem como Estado possam ser responsabilizados civilmente; é necessário que haja intencionalidade na conduta (CARVALHO NETO, 2000).

Isso se configura pelo artigo 3º da Lei nº 4.898 de 09 de dezembro de 1965 que estabelece “constitui abuso de autoridade qualquer atentado”, dando cabo ao fato da tentativa de cometer o delito. Ou seja, o abuso de autoridade que causa a possibilidade de responsabilidade civil tanto do agente como do Estado não se consubstancia na modalidade culposa, em função de que essa modalidade não proporciona lesão, mas a tentativa sim, já provoca uma ação dolosa (DI PEITRO, 2012).

## **CONCLUSÃO**

Notadamente, conclui-se com esse trabalho que dentre as questões da responsabilidade civil do Estado por omissão, especializam-se o liame causal entre a conduta e o dano. O fato da vítima, exclusivo ou concorrente, o fato de terceiro e o Caso Fortuito ou de Força Maior, são eventos que se comprovados nos autos, impedem a procedência da ação indenizatória. Ora, se inexistente relação de causalidade pela presença de qualquer desses acontecimentos, não faz sentido impor a obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima ou seus familiares,

Portanto, definitivamente, se concluiu que se não houver o nexo de causalidade entre o fato ocorrido e o dano sofrido pelo indivíduo, o Estado não pode ser responsabilizado pelo caso concreto.

A hipossuficiência da vítima deve ser analisada cuidadosamente pelos magistrados, além da natureza do ato e o tempo transcorrido, pois o que se percebe nos dias atuais é que a grande lacuna aberta pelo ordenamento jurídico brasileiro em favor do cidadão, tem gerado muitas discussões doutrinárias pelo uso de várias normas como a lei de abuso de autoridade, o código civil e o código penal para responsabilizar o Estado pelo dano causado. Isto porque, por mais que o Estado não tenha dado causa ao fato, sempre terá que reparar em parte o dano.

Por fim, o referido trabalho procurou demonstrar através de doutrina, lei e jurisprudência, que o Estado não pode se eximir da responsabilidade civil nas relações sociais, não só pelos insuficientes artigos das Leis de abuso de autoridade e pela nº. 8.078/1990 e o artigo 393 do Código Civil, mas principalmente pelas jurisprudências dos Tribunais, que a cada dia vem contornando a situação nas relações, pois se verifica que em muitos casos, o agente causador do dano é o próprio Estado, que tenta transferir a responsabilidade para tão somente para o agente.

## **REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, J. B. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014.



- BATISTA ALMEIDA, J. **Manual de Direito do cidadão**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 4. ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. **Código civil**. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 29 de set de 2020.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado Federal, 1990. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 29 de set de 2020.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 29 de set de 2020.
- BRASIL. **Lei Nº 4.898 de 09 de dezembro de 2015**. Brasília: Senado federal, 1965. Disponível em <http://www.sendofederal.gov.br> Acesso em 29 de set de 2020.
- CAHALI, Y. S. **Responsabilidade civil do Estado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARVALHO NETO, I. de. **Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes**. São Paulo: Atlas, 2000.
- CAVALCANTI, F. L. de O. **Segurança pública e poder de Polícia**. São Paulo: Summus, 2010.
- CAVALIERI FILHO, S. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 6ª. edição. São Paulo: Atlas, 2012.
- DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 7: responsabilidade civil. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.
- FARIA, E. F. **Curso de direito administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey; 2017.
- FYFE, J. J. **Acima da lei: Polícia e uso excessivo da força**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- FERRAZ DONNINI, R. **Responsabilidade Pós-Contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREITAS, G. P. de; FREITAS, V. P. de. **Abuso de autoridade**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, L. F. **Poder de polícia e polícia de poder**. São Paulo: RT, 2007.

GOMES, L. Flávio. **O trabalho policial no Brasil a partir da Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.

GOMES, O. **Obrigações**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2013.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil**. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

LAZZARINI, Álvaro. **A segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil**. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 184:25-85, abr./jun. 2104.

MADEIRA, J. M. P *et al.* **O abuso do poder do Estado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MÁRIO, C. **Responsabilidade Civil**. 4 ed., Forense, 2012.

RODRIGUES, S. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROHRIG, E. R. **O poder de polícia delegado à administração pública indireta**. Monografia apresentada no Curso de Direito, do Centro Universitário UNIVATES, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Hélio Miguel Schauen Junior. Lajeado, novembro de 2016. Versão digitalizada.

VADE MECUM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988). Advogado militante na Comarca de Manaus. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pela Universidade Nilton Lins - UNINILTON LINS (1999). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA. Manaus – Amazonas [advogadonegrao@gmail.com](mailto:advogadonegrao@gmail.com)

## A CRIMINALIZAÇÃO DE USUÁRIOS DE DROGAS NO BRASIL

**THALITA DA SILVA SANTOS:**

Graduanda do Curso de Direito.

**RESUMO:** O objetivo deste estudo é comparar os medicamentos previstos na legislação brasileira, analisar os métodos de tratamento e as penalidades para os medicamentos atribuídos aos usuários, e focar neste estudo, que trata do descumprimento do artigo 28 da Lei 11.343 / 06. A disputa da criminalização, o crime de consumir entorpecentes. Fatos comprovam que a teoria adotada pelo sistema penal brasileiro com o objetivo de manter a dignidade humana e atingir seu objetivo final (seja prevenção e reabilitação pessoal) não atingiu o objetivo declarado, ou seja, atingir a meta pode interromper ou mesmo reduzir o consumo dessas substâncias do tráfico. Sendo assim, após muitas discussões, em recente decisão, o STF pacificou tal polêmica, determinando a não ocorrência da descriminalização, mas a mera despenalização da conduta do usuário, com a quebra da tradição de imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva.

**Palavras-chaves:** Usuário Drogas; Descriminalização; Despenalização; Direito Penal.

**ABSTRACT:** The objective of this study is to compare the medications provided for in Brazilian legislation, to analyze the treatment methods and penalties for the medications attributed to users, and to focus on this study, which deals with the non-compliance with article 28 of Law 11.343 / 06. The criminalization dispute, the crime of consuming narcotics. Facts prove that the theory adopted by the Brazilian penal system with the objective of maintaining human dignity and reaching its final objective (be it prevention and personal rehabilitation) did not reach the stated objective, that is, reaching the goal can interrupt or even reduce the consumption of these trafficking substances. Thus, after many discussions, in a recent decision, the STF pacified this controversy, determining that decriminalization should not occur, but merely decriminalizing the user's conduct, breaking the tradition of imposing custodial sentences as the main or substitute sanction. .

**Keywords:** User Drugs; Decriminalization; Decriminalization; Criminal Law.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO HISTÓRICO DAS DROGAS E A SUA ILICITUDE; 2.1. As drogas na História; 2.2. DEFINIÇÃO DA PALAVRA DROGA; 2.3. CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL; 3. O USUÁRIO DE DROGAS E AS LEIS 6.368/76 E 10.409/02; 3.1. O princípio da insignificância aplicado pelos tribunais brasileiros para o consumo individual de drogas. 4. DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A criminalização de usuários de drogas no Brasil, A penalização de classes sociais economicamente desfavorecidas/estigmatizadas como consequência da política de criminalização de usuários de drogas. Como a política de criminalização de usuários de drogas no Brasil influencia a penalização de classes sociais economicamente desfavorecidas/estigmatizadas? A política criminal de drogas no Brasil, bem como a ampla discricionariedade conferida pela lei 11.343/2006 no tocante a distinção entre o usuário e o traficante de drogas instituiu uma criminalização seletiva de pessoas.

A análise de como a criminalização de usuários de drogas pode influenciar na penalização de classes sociais economicamente desfavorecidas/estigmatizadas é de urgente e extrema importância.

Com o advento da lei 11.343/2006 passou-se a não mais cominar pena privativa de liberdade aos usuários de drogas. A citada lei trouxe a diferenciação da conduta de uso e de tráfico. No entanto, manteve a falta de critérios objetivos para se fazer tal diferenciação, conferindo, assim, ampla discricionariedade para as autoridades policiais e judiciárias.

Com a entrada em vigor da referida lei, gerou-se grande expectativa no tocante a diminuição de prisões por crimes de drogas, uma vez que trouxe a novidade da diferenciação de usuários e traficantes. Entretanto, estatísticas mostram que tal expectativa restou frustrada. Em dez/2005 a população carcerária presa por tráfico de entorpecentes era de 31.520. Sete anos após, em jun/2013 esse número já somava 138.366, enquanto que, atualmente, o relatório mais recente de jun/2017 do Departamento Penitenciário Nacional mostra que 151.861 pessoas estão encarceradas por crimes de tráfico de entorpecentes.

Investigar o que levou ao exponencial crescimento dessas prisões é de extrema relevância social, uma vez que com a ausência de regras nítidas quem acaba fazendo essa distinção é o próprio policial no momento da abordagem, ocasião em que outros aspectos e até preconceitos são levados em consideração.

Com o crescente aumento da população carcerária por crimes de drogas, sobretudo, da população negra e periférica e com a dificuldade de se distinguir objetivamente conduta de uso e de tráfico, se faz necessário a abordagem desse tema com a finalidade de se apontar as falhas e incoerências da atual política criminal de drogas no Brasil, bem como sugerir modificações ao modelo proposto pela legislação em vigor.

O método de pesquisa utilizado no desenvolvimento deste trabalho foi o dedutivo. Será empregado a técnica de documentação indireta de fontes primárias, utilizando pesquisa documental em jurisprudências como também será utilizada a documentação de fontes secundárias, com pesquisa bibliográfica em doutrinas, artigos e na legislação constitucional.

## **2. CONTEXTO HISTÓRICO DAS DROGAS E A SUA ILICITUDE**

As drogas são os maiores e mais patéticos de todos os flagelos que os humanos já ouviram. Quando os pais se tornam viciados, isso afetará os homens que já moram no palácio. Eles estão atacando seres humanos em todas as idades e se infiltrando em todas as camadas sociais em todos os países do mundo.

Neste capítulo, descreveremos sua evolução na história das drogas nos planos legislativos internos e externos, envolvendo o direito ilegal e penal.

### **2.1. As drogas na História**

Hoje em dia, as drogas têm trazido grande perturbação ao nosso dia a dia, pois durante muitos anos, devido aos lucros do mercado negro, as drogas trouxeram enormes índices de criminalidade relacionados ao consumo e comercialização dessas substâncias. Muita gente pensa que as drogas surgiram por volta da década de 1970, quando começaram a falar sobre o assunto de forma exagerada, principalmente no Brasil, mas para Melo (2013), as drogas eram consumidas ritualmente até 5.000 anos antes do nascimento de Cristo. A etiqueta pode estar relacionada às comemorações, principalmente às atividades religiosas, alegando que este não é um fenômeno social do ser humano, mas sim uma parte da história.

Segundo Bergeron (2012, p.19), ele afirma que não existem manuais sobre o uso de substâncias psicoativas pelo homem, nem de antropologia, nem de sociologia histórica, que dizem que fazem parte do ser humano, são ancestrais e universais. O fenômeno de mascar coca nos Andes até que foi usado no sudeste da Ásia para consumir álcool fermentado para fins médicos, artísticos, espirituais e religiosos por muito tempo e ainda é considerado uma prática normal até hoje.

Há relatos históricos de que o ópio era usado nas planícies da Mesopotâmia há mais de 3.000 anos. Plínio, o Velho, no primeiro século DC, também usava ópio e se beneficiava de substâncias alucinógenas. Os historiadores dizem às pessoas que a cannabis já é uma droga no mundo hoje e tem sido usada na Farmacopéia Chinesa desde 3000 a.C (BERGERON, 2012, p. 20).

No passado, um grande uso de drogas era para ser usado como droga, e a redação ainda está correta, porque as folhas de coca provavam isso, portanto,

quando foi estudado pela Universidade de Harvard em 1975, o uso da droga em muitas áreas apresentava consumo. O enorme valor nutricional de 100 gramas por dia é mostrado na tabela em anexo.

Sigmund Freud elogiou os benefícios da cocaína e sugeriu que fosse usada para tratar histeria, neurastenia, doenças digestivas e até distúrbios psicológicos (FREUD, 1884, p. 81).

Outras drogas também eram usadas, como ópio, suplementos, álcool de melissa, láudano e absinto. Essas drogas eram usadas para dores físicas e mentais, fadiga e neurastenia. Elas eram amplamente usadas como ópio porque os médicos usavam para muitos. Como a doença combate a febre, problemas de estômago ou reumatismo. Inventada por Wright em 1874, a heroína é considerada uma das drogas mais graves e viciantes do mundo, substituindo a morfina por causar dependência e por ser uma droga para o tratamento da tuberculose (BERGERON, 2012, p. 22).

De acordo com Henri Bergeron (2012, p. 22) retrata que no século XIX:

O uso de certas substâncias psicoativas foi gradativamente liberado de métodos de adaptação cultural, religiosa ou profissional previamente estabelecidos. A julgar pelo senso comum contemporâneo, a droga gradualmente se diferencia de uma das outras substâncias, especialmente da droga.

Nesse período, aumentou o uso "desregulado" de certas substâncias psicoativas. Esse uso inicialmente irrestrito estava relacionado apenas a militares coloniais, artistas, intelectuais, prostitutas e alguns médicos que usavam essas substâncias, o que significava que apenas pessoal de alto nível poderia obter mais facilmente qualquer tipo de medicamento, ao invés de extenso medicamento. Parte da população (BERGERON, 2012, p. 23).

No entanto, entre 1839 e 1841, a Grã-Bretanha monopolizou o mercado por meio da chamada "Guerra do Ópio", segundo a doutrina de Edson Passeti:

O marco decisivo nesse processo foi a Guerra do Ópio (1839-1841), da qual a Grã-Bretanha se apoderou do monopólio internacional do mercado, consolidou seu domínio no Extremo Oriente e implementou a prática comercial em larga escala de substâncias psicoativas (PASSETI, 1991).

Nos Estados Unidos, uma enorme epidemia de drogas está se espalhando, com ênfase na cocaína. A partir de meados da década de 1880, essa epidemia

vigorou nos Estados Unidos por cerca de 30 anos e durou até 1910, abrangendo todas as classes sociais americanas (BERGERON, 2012, p. 24).

Com o uso generalizado de drogas em todo o mundo, quando os Estados Unidos aprovaram a 18ª Emenda à Constituição para proibir o consumo de álcool, entrou em vigor o ápice do movimento proibição-punição. Seca”, que só vai levar ao fortalecimento da máfia e à internacionalização do crime organizado no país (RIBEIRO, 2013. p. 23-24).

Um ano depois, em 1921, o Brasil tentou controlar da mesma forma que afirmava ser a primeira lei sobre as drogas, então Carlos Eduardo Martins Torcato deu o início desse sistema aqui. Fez algumas explicações:

Nesse ponto, é necessário enfatizar a natureza da Lei nº 4.294, de 14 de julho de 1921, que foi determinada pela história como a primeira lei tóxica do país, pois incorpora o princípio de que somente o uso médico é eficaz para os narcóticos. No entanto, apenas seu primeiro artigo tratou desse assunto - todos com foco na regulamentação do consumo de álcool em locais públicos. É verdade que a abstinência compulsória ainda não se tornou uma política pública, mas é errado ignorar a pressão desse intenso movimento social. O segundo aspecto a ser destacado é que o tema da dependência social continua a figurar nas principais ferramentas culturais desse período. (TORCATO, 2014. p. 7).

## **2.2. DEFINIÇÃO DA PALAVRA DROGA**

Devido à generalidade da definição, o termo "droga" é difícil para conceituar. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define o termo como sendo medicamento, ou seja, "qualquer substância que pode ser introduzida em um organismo para alterar uma ou mais de suas funções" (KARAM, 1993, p. 26).

Segundo essa definição, podemos perceber a amplitude de seu conceito, que pode abranger diferentes tipos de substâncias e seus efeitos no corpo humano. Portanto, inclui substâncias legais e ilegais em folha seca, pedra, pó, bem como formas líquidas e gasosas, como chá, drogas usadas para tratar doenças, álcool, estimulantes, maconha etc.

No Brasil, além da utilização do termo droga como sinônimo de droga, também é amplamente utilizado para denotar substâncias consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Rosa Del Olmo, na sua obra, traz a conceituação da droga e a sua dificuldade:

Trata-se, pois, de uma palavra sem definição, imprecisa e de uma excessiva generalização, porque em sua caracterização não se conseguiu diferenciar os fatos das opiniões nem dos sentimentos. Criam-se diversos discursos contraditórios que contribuem para distorcer e ocultar a realidade social da 'droga', mas que se apresentam como modelos explicativos universais (OLMO, 1990, p. 22).

Sendo assim, a autora ainda explica que:

Algo sim parece estar claro: a palavra droga não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em sua 'capacidade de alterar as condições psíquicas e/ou físicas', que têm em comum exclusivamente o fato de terem sido proibidas. Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias permitidas, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool (OLMO, 1990, p. 22/23).

Olmer completa seus pensamentos dizendo pensamentos completos, portanto, as coisas importantes não parecem ser nem a substância nem a definição, muito menos sua capacidade de mudar ou não mudar os seres humanos de alguma forma, mas mais sobre isso. E as palavras de estabelecimento. Então, o fato de as pessoas falarem sobre drogas e não drogas. E continua:

Ao agrupá-las em uma única categoria, pode-se confundir e separar em proibidas ou permitidas quando conveniente. Isto permite também incluir no mesmo discurso não apenas as características das substâncias, mas também as do ator – consumidor ou traficante, indivíduo que se converterá, no discurso, na expressão concreta e tangível do terror. Algumas vezes será vítima e outras, o algoz. Tudo depende de quem fale. Para o médico, será 'o doente', ao qual deve-se ministrar em tratamento para reabilitá-lo; o juiz verá nele o 'perverso' que se deve castigar como dejetos. Mas sempre será útil para a manifestação do discurso que se permita a estabelecer a polaridade entre o bem e o mal – entre Caim e Abel – que o



sistema social necessita para criar consenso em torno dos valores e normas que são funcionais para a sua conservação. Por sua vez, desenvolvem-se novas formas de controle social, que ocultam outros problemas muito mais profundos e preocupantes. (OLMO, 1990, p. 22/23)

Diante disso, parece que o conceito do termo droga é muito geral, sendo possível relacionar várias substâncias diferentes em uma mesma categoria, que têm efeitos diferentes no homem.

As drogas são divididas em duas categorias, drogas lícitas (drogas que podem ser comercializadas livremente) e drogas ilegais, cujas vendas são proibidas por lei. Dentre as principais drogas lícitas podemos citar o fumo e bebidas alcoólicas, entre as drogas ilícitas, maconha e cocaína (KARAM, 1993, p. 26/27).

Segundo Rosa Del Olmo continua falando sobre os critérios para classificar as drogas em legais ou ilegais, os critérios para criminalizar certas drogas:

[...] a ilicitude ou licitude de uma substância está condicionada à conveniência de quem detém o poder e os meios de criminalizá-la. Determinam, por meio das leis, o que é bom e o que é ruim para todos, suprimindo, assim, a liberdade de cada indivíduo fazer de sua saúde o que melhor lhe aprouver. Por esta razão, a criminalização depende dos 'interesses que estão em jogo, em outras palavras, a proibição ou permissão do uso de uma droga está condicionada por fatores, principalmente, econômicos e políticos (OLMO, 1990, p. 22/23).

Por outro lado, a juíza Maria Lucia Karam falou sobre o desenvolvimento do conceito de medicamento a partir da definição estabelecida pela Organização Mundial da Saúde:

[...] definições um pouco mais precisas, sendo comumente aceito o conceito de droga como toda substância que, atuando sobre o sistema nervoso central, provoque alterações das funções motoras, do raciocínio, do comportamento, da persecução ou do estado de ânimo do indivíduo, podendo produzir, através de seu uso continuado, um estado de dependência física ou psíquica.

[...] pode-se entender por dependência psíquica o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância, para

provocar prazer ou evitar o mal-estar provocado por sua falta, caracterizando-se a dependência física pelo estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, conhecidos como síndrome de abstinência, decorrente da interrupção da ingestão regular da substância em questão, também devendo se destacar o fenômeno da tolerância, entendido como o estado de adaptação orgânica, caracterizado pela necessidade de utilização de doses cada vez maiores de uma droga, para manutenção do efeito inicial. (KARAM, 1993, p. 26)

Com base nesse conceito, percebe-se que a partir do significado geral de medicamento estabelecido pela Organização Mundial da Saúde, outras definições foram desenvolvidas, um pouco mais precisas, mas com alcance muito limitado para o termo medicamento. No entanto, o termo ainda inclui uma variedade de substâncias legais e ilegais (KARAM, 1993, p. 26)

No entanto, parece que com este novo conceito, existe uma ligação entre o termo drogas e dependência física e / ou psicológica. Os usuários são considerados usuários de drogas, ou seja, pessoas que estão doentes.

Portanto, pode-se concluir que a dependência causada pela droga no corpo humano não é um fator que define determinada substância como lícita ou ilegal, e determinada droga é classificada como permitida ou proibida de acordo com a definição e competência de seleção.

As drogas mencionadas neste artigo serão classificadas como ilícitas por lei, ou seja, drogas ilegais, como maconha, cocaína, crack, heroína, LSD, ecstasy, etc.

### **2.3. CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO BRASIL**

Assim como os Estados Unidos da América, o sistema penal brasileiro busca combater as drogas que chegam ou são produzidas em países latino-americanos onde as autoridades competentes perseguem crianças e jovens pobres e vendem drogas para consumidores de classe média ou alta.

De acordo com Vera Malaguti Batista (2003, p. 31) quando se trata das elevadas margens de lucro da comercialização de drogas, devido ao fato de o governo não ter fiscalização e nem controle de preços, é possível desenvolver o produto exclusivamente em uma determinada área e, principalmente, não há incidência de tributos sobre os produtos comercializados. Portanto, as condenações colocam os infelizes em desvantagem no mercado de trabalho e os deixam satisfeitos com o subemprego. Por esses motivos, pessoas de camadas sociais mais baixas são

tentadas pela comercialização de drogas e pelo ganho de dinheiro de forma relativamente fácil e sedutora. Os fatos comprovam que essa é a única possibilidade de melhorar de vida desde o mercado de trabalho. Não pode fornecer progresso financeiro e social.

Segundo Alessandro Baratta, analisou como o sistema penal brasileiro atua contra grupos desfavorecidos, especialmente jovens traficantes de drogas:

[...] o sistema de justiça criminal da sociedade capitalista serve para disciplinar despossuídos, para constrangê-los e aceitar a 'moral do trabalho' que lhes é imposta pela posição subalterna na divisão de trabalho e na distribuição de riquezas socialmente produzida. Por isso, o sistema criminal se direciona constantemente às camadas mais frágeis e vulneráveis da população: para mantê-las – o mais dócil possível – nos guetos da marginalidade social ou para contribuir para a sua destruição física. Assim fazendo, o sistema sinaliza uma advertência para todos os que estão nos confins da exclusão social (BARATTA, 2003, p. 15/16).

Ainda de acordo com Baratta, preleciona que:

[...] o sistema de justiça criminal continua a funcionar como um direito penal do tipo de autor; e que o estereótipo do criminoso – que guia a ação da polícia, dos promotores, dos juízes e domina a opinião pública e os meios de informação de massa – corresponde às características dos grupos sociais entre os quais o sistema seleciona e recruta seus clientes reais entre todos os potenciais, isto é, entre os vários infratores distribuídos por todas as camadas da população. Isto, segundo as autoras, significaria dizer que o problema que move a ação do sistema não é propriamente a realização do delito descrito pelas leis ou a defesa dos bens jurídicos, mas o controle ou a destruição dos grupos mais pobres da população, aqueles percebidos e definidos como 'classes perigosas (BARATTA, 2003, p. 15/16).

Os fatos comprovam que, de fato, no que tange a criminalização o tráfico trouxe diversos problemas à sociedade. A mídia estatal descreveu a imagem do traficante como um indivíduo extremamente perigoso, que cometeu vários crimes da forma mais brutal, por essas e outras razões, ele deve se proteger constantemente do assédio policial e da vida de outros traficantes. Perpétuo na guerra. Ocorre que o

traficante, é retratado como sempre sendo um negro periférico, a proliferação dessa imagem tem ajuda das novelas que também retratam os traficantes dessa forma, ocorre que o traficante nunca é um homem branco e rico. É mesma imagem é refletida para o usuário de drogas.

### **3. O USUÁRIO DE DROGAS E AS LEIS 6.368/76 E 10.409/02**

Devido ao espantoso crescimento do consumo de drogas na década de 70 e à falta de proteção da saúde pública, foi necessário que nossos legisladores estabelecessem um sistema jurídico que poderia reprimir com mais força os traficantes e usuários de drogas, o que é visto como um potencial de dependentes e formas de tratá-los e recuperá-los (VIEIRA, 1984, p. 45).

Sendo assim, a Lei Antitóxicos foi criada como um equipamento jurídico para modificar todo o sistema administrativo e criminal relacionado à prevenção e supressão de substâncias tóxicas. Nele, conceituar crimes e determinar suas respectivas penas (VIEIRA, 1984, p. 45).

Desta forma, no artigo 16 da Lei 6.368/76, foram incriminadas as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo. In verbis:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 100 (cem) dias-multa.

Portanto, para Rozimeri Aparecida Rigon (2005, p. 290) traz os conceitos das condutas tipificadas, alicerçadas em um acórdão do Tribunal de São Paulo:

Adquirir, quer dizer obter de forma gratuita ou onerosa; passar a ter posse de alguma coisa mediante compra, troca, oferta, etc.; já guardar, significa conservar, manter, vigiar com o intuito de defender, proteger ou preservar; trazer consigo, refere-se ao porte de substância. Veja-se: no verbo adquirir o delito é instantâneo; nas condutas de guardar e trazer consigo, é permanente. No verbo adquirir não importa se o adquirente não comprou a substância, basta que o agente a tenha na sua posse para se caracterizar o delito (JUTACRIM 54/330).

Portanto, a consumação está relacionada às penas criminais estabelecidas, e não ao uso da droga em si. Sendo assim, o indivíduo que adquire a droga pode não ser consumidor, e sim co-réu. Percebe-se que a lei não penaliza o comportamento de "usar" por não ser um comportamento típico. Desta forma, se o usuário consumir todas as drogas pouco antes da prisão e logo após a ação policial, uma vez confirmado o armazenamento ou o ato de portar entorpecentes, o indivíduo não será incluído na lei (RIGON, 2005, p. 290/291).

A verdadeira razão para criminalizar esses atos é o chamado perigo social que representam. O raciocínio implícito utilizado é que no momento em que o usuário carrega a droga (antes mesmo de ser consumida) existe o perigo de prejudicar a saúde pública, levando à sua disseminação.

Em suma, o propósito desse comportamento é diferente dos comportamentos relacionados ao tráfico e consumo. O objeto jurídico protegido pelo art. 16 da lei é a saúde pública, ou seja, essa é a característica do perigo social representado pelo ato. Esta é a posição dominante na doutrina e jurisprudência (MARQUES, 2001, p. 82).

Porém, mesmo diante desse entendimento, fica a dúvida se os bens jurídicos protegidos pela regulamentação são a verdadeira saúde pública ou a saúde dos próprios consumidores (MARQUES, 2001, p. 82).

Nos crimes que colocam em risco a saúde pública, procure proteger os interesses gerais da comunidade, pois quando um perigo geral ou comum está envolvido, o número de pessoas que podem ser afetadas é incerto e muitas pessoas ficam vulneráveis (MARQUES, 2001, p. 83).

No entanto, o ato de adquirir, reter ou transportar entorpecentes ou determinar a dependência física ou psicológica para uso próprio não deve ser confundido ou equivalente a uma ofensa à saúde pública, pois não há risco de expansão. Veja, obviamente, possuir um O comportamento de espalhar coisas entre outras pessoas é completamente oposto. Com base nesse raciocínio, pode-se concluir que a conduta a que se refere o artigo 16 da Lei de Drogas Tóxicas não ofende o interesse jurídico protegido, ou seja, a saúde pública, fato atípico (MARQUES, 2001, p. 83).

### **3.1. O princípio da insignificância aplicado pelos tribunais brasileiros para o consumo individual de drogas.**

No entendimento geral da jurisprudência, até mesmo do STF, e na maioria das teorias, crimes contra a saúde pública são crimes com perigos abstratos, e o objetivo do Estado é proteger os interesses coletivos.

Para Silva (2003, p. 72) afirma que “crimes classificados como perigo abstrato são aqueles que proporcionam perigo no próprio ato. Em outras palavras, existem pressupostos legais e pressupostos legais. Portanto, nesses crimes, uma vez que o comportamento é automaticamente classificado como crime, não há necessidade de verificar se os bens jurídicos protegidos pela norma foram danificados”.

No mesmo diapasão Fragoso (1988, p. 200) afirma que “a maioria dos códigos modernos situa estes crimes entre os ofensivos a interesse coletivo, ou seja, dirigidos diretamente contra o corpo social tendo em vista o perigo que acarretam para indeterminado número de pessoas”. Portanto, independentemente de os bens jurídicos protegidos estarem realmente danificados, esse entendimento será acalmado, pois a quantidade de drogas apreendidas e o grau de danos da ação não alterarão a presunção de perigo absoluto aos bens jurídicos e à saúde pública e um comportamento tipificado.

Porém, com o desenvolvimento da teoria do crime, os tipos de crimes passaram a ter fatores subjetivos e já eram condenados. O tipo de crime está colocado no cerne da doutrina do crime, que incorpora o princípio da legalidade, que ainda define claramente que não há crime sem tipo legal, pois só assim o crime pode ser oficialmente definido (CARVALHO, 1996, p. 50/51).

Conforme já explicado, a função da criminalização de um comportamento é a proteção das mercadorias legais, esta última é uma espécie de fator limitador do direito penal que só permite a criminalização de comportamentos que prejudicam o comportamento. Através do princípio de um sistema penal com intervenção e falha mínimas, o direito penal deve ser aplicado apenas aos crimes mais graves e outras formas de resolução de conflitos. Portanto, não é apropriado tratar o sistema penitenciário como forma principal, pois os fatos provam que esse sistema é inviável e esgota os cidadãos (CARVALHO, 1996, p. 56/57).

Portanto, não basta apenas adaptar o ato praticado ao tipo de crime da lei, mas, no caso em que esse tipo de dano se torne insignificante, é necessário causar dano específico aos interesses jurídicos. Portanto, o direito penal só pode tratar dos crimes mais graves, ou seja, aqueles que lesam gravemente o bem legal protegido pela norma (CARVALHO, 1996, p. 57).

Os tribunais brasileiros têm uma opinião firme acerca do tema, e cada vez mais cresce este posicionamento, senão vejamos:

Tratando-se de crime contra a saúde pública, a objetividade jurídica concentra-se na própria saúde pública. O delito só se tipifica e o fato só se torna punível quando existe dano efetivo ou concreto perigo de dano a saúde pública. (HC 25.832 – TJRS 89/28).

Seguindo esse raciocínio, diversos tribunais têm adotado essa posição, considerando que quando a apreensão de entorpecentes em posse de pessoas físicas é pequena, o comportamento de uso e porte de drogas é atípico.

Com base no princípio da insignificância, um indivíduo pode ser isento quando a quantidade de drogas que possui não pode causar danos a uma mercadoria legal protegida (neste caso, saúde pública). Em diversos tribunais pelo Brasil, se tem as mais diversas decisões, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que passaram a julgar neste sentido:

RESP PENAL - ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA – O crime, além da conduta, reclama resultado, ou seja, repercussão do bem juridicamente tutelado, que, por sua vez, sofre dano, ou perigo. Sem esse evento, o comportamento é penalmente irrelevante. No caso dos entorpecentes, a conduta é criminalizada porque repercute na saúde (usuário), ou interesse público (tráfico). Em sendo ínfima a quantidade encontrada (maconha) é, por si só, insuficiente para afetar o objeto jurídico. (TJSC - RESP nº 164.861/SP - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro - j. 03.12.98 - DJU 17.02.99).

[...] PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 16 DA LEI Nº 6368/76. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Quando ínfima a quantidade da droga apreendida (2,0g), e estava o réu caminhando sozinho com as baganas no bolso, resta presumido que o fato não tem repercussão na seara penal. No caso não ocorreu efetiva lesão à bem jurídico tutelado, enquadrando-se o fato no princípio da insignificância. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO DA DEFESA. (TJRS - Recurso Crime Nº 71001142934, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Alberto Delgado Neto, Julgado em 16/04/2007).

[...] PENAL. ENTORPECENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. -Sendo ínfima a pequena quantidade de droga encontrada em poder do réu, o fato não tem repercussão na seara penal, à

mingua de efetiva lesão do bem jurídico tutelado, enquadrando-se a hipótese no princípio da insignificância. - Recurso especial conhecido. (Resp 286.178, Rel. Min. Vicente Leal, j. 13.02.2001.).

Sendo assim, ainda sobre o tema preleciona Gomes (2001, p. 453) que tanto a doutrina quanto a jurisprudência acolhem o princípio da insignificância como "instrumento auxiliar de interpretação restritiva dos tipos penais".

Em seguida, afirmou que a consequência é "excluir do âmbito da tipicidade os comportamentos que não afetam significativamente os interesses jurídicos. Em qualquer caso, esses comportamentos não serão incluídos no propósito normativo ou no sentido substantivo em nenhuma circunstância". Portanto, não basta perceber o comportamento como uma crença. É necessário explicar do ponto de vista material com base nos interesses jurídicos protegidos, e levar em conta o princípio da descentralização (só os ataques serão punidos) é de grande importância para a lei).

#### **4. DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGAS**

A partir da constatação do fracasso do sistema punitivo, da influência nociva na personalidade do indivíduo, dos insultos e da violência, tem se fortalecido a tendência de minimização das sanções legais.

Com a publicação da Lei nº 11.343/2006 esta trouxe inovações no que tange a sua redação em seu artigo 28, objetivando assegurar a saúde pública como o principal bem jurídico tutelado. Sendo assim, o caput do artigo 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006) passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

A princípio, podemos notar que o termo "para uso pessoal" foi substituído por "para consumo pessoal", o que é de grande relevância porque amplia a possibilidade de formular os tipos de comportamento mais benéficos dada a falta de



coragem. Transmissão, incluindo situação anteriormente considerada injusta, ou seja, punição de drogas compartilhadas com o parceiro ou de consumo doméstico por mais de uma pessoa (GRECO FILHO, 2009, p. 130).

De acordo com Lima (2016, p. 707) preleciona que, em geral, "se for constatado que um indivíduo está usando drogas, ele deve ser responsabilizado pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, não por responder a comportamentos atípicos de simples uso, mas pela possibilidade de uso de drogas antes da lei. Um dos comportamentos prescritos".

Acontece que várias são as situações que possibilitam o uso da droga sem o porte de drogas. Por exemplo, o terceiro que organiza o negócio da cocaína e o usuário de drogas estão apenas consumindo drogas; alguém injeta heroína diretamente na veia do usuário; e até outros Segure um cigarro de maconha e deixe o usuário "engolir".

Portanto, acreditamos que essa presunção não se aplica ao direito penal e não deve se aplicar ao claro entendimento de que os usuários devem fazer suposições sobre o Artigo 28 porque os usuários podem transportar drogas.

No entanto, criminalizar e punir os usuários de drogas não é uma forma eficaz de prevenir e reprimir seu uso. Rueger (2004, p. 27) disse: "O Direito Penal nada mais é do que um conjunto de regras e sanções que permitem condenar, conceder privilégios e garantir os interesses da classe dominante." Portanto, há qualquer possibilidade de descriminalização é necessário rever todo o processo legislativo e de condenação criminal e analisar a lei como meio de controle social.

Os usuários de drogas nem sempre se tornam usuários de drogas porque o uso pode ocorrer ocasionalmente. Considerando que é usado para fins pessoais, sem intenção de disseminar drogas e obter grandes lucros, também não é traficante.

Vale ressaltar que existe uma diferença entre hábito e dependência, portanto, o usuário costuma consumir drogas de forma repetida e frequente e espera obter uma sensação de saúde sem tendência a aumentar a dose. O efeito transitório causado não depende da dependência física que pode causar a síndrome de abstinência (GRECO FILHO, 2009, p. 4).

Segundo Franco (2006, p. 145), os traficantes são objeto das atividades criminosas previstas no artigo 33 da Lei nº 11343/2006, ou seja, o tráfico ilegal de drogas é o seguinte comportamento típico:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito,

transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Não há dispositivo legal que possa distinguir claramente a diferença entre usuários e distribuidores, devendo ser utilizadas as normas subjetivas do magistrado, pois a lei nem mesmo especifica a quantidade de drogas que pode ser utilizada para caracterizar consumo ou tráfico pessoal.

Para resolver este impasse, foram desenvolvidos dois sistemas distintos entre utilizadores e concessionários: o primeiro é um sistema de quantificação legal, que fixa a quantidade diária de consumo pessoal, e se o agente detido não ultrapassa um número fixo, não há necessidade de discutir o tráfico. Este é um sistema objetivo para a posse de crimes pessoais de consumo de drogas. No entanto, o sistema jurídico brasileiro utiliza um sistema de quantificação judicial, e os juízes têm a responsabilidade de analisar os fatos de casos específicos, a fim de distinguir entre a possível posse de drogas para consumo pessoal e crimes de tráfico de drogas. (GOMES, 2016, p. 709).

Segundo Nucci (2016) criticou os padrões diversificados entre traficantes e usuários, sugerindo que os tribunais brasileiros realizem estudos jurídicos para “por sua vez, as fiscalizações não utilizam esses requisitos para justificar a detenção preventiva de usuários de drogas. Circunstâncias. Geralmente considerados traficantes de drogas. ”

Ainda de acordo com o Nucci (2016) menciona também o autor que há divergências no entendimento do magistrado sobre a quantidade de drogas características do tráfico, ou seja, “Para algumas pessoas, carregar 2 gramas de maconha é, sem dúvida, tráfico ilegal de drogas; para outras, é consumo pessoal; portanto, para Em relação ao terceiro, o tratamento irrelevante é atípico, ressaltando-se que não há dúvida de que o entendimento mais comum é adotado primeiro.

Em conformidade com Raul Cervini menciona três conceitos importantes:

Descriminalização é sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas. Na visão do autor a descriminalização pode manifestar-se sobre três enfoques: O primeiro é a “descriminalização formal” (abstenção do Estado em intervir, legalizando o fato), o segundo é a “descriminalização substitutiva” (as penas são substituídas por

sanções de outra natureza, não há legalização da conduta, mas sua transferência para outro campo do direito), por fim a descriminalização de fato (ocorre quando o direito penal deixa de funcionar sem que tenha perdido formalmente sua competência) (CERVINI, 1995, p. 72-73)

Portanto, a descriminalização "considerando que o valor está protegido por outros departamentos jurídicos, inclui a retirada do valor do sistema como objeto de proteção criminal" (SMANIO, 1998, p. 26). Pelo contrário, a descriminalização "é o processo de redução das sanções penais para atos que ainda são crimes" (SMANIO, 1998, p. 26).

A importância de se fazer a distinção na prática se deve à punição imposta, pois os usuários não devem ser considerados criminosos perigosos e violentos, mas a mesma punição deve ser atribuída aos traficantes.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho procura explicar as formas de crimes relacionados a drogas e as correspondentes leis e regulamentos promulgados até hoje, com foco na identidade dos usuários de entorpecentes e no tratamento e sanções contra os usuários de drogas.

Percebe-se que a internacionalização do controle de drogas liderada pelos Estados Unidos não conseguiu atingir os objetivos traçados e não pode impedir ou mesmo reduzir o consumo e o tráfico dessas substâncias. Uma guerra em foco se chama "narcotráfico" e só pode acabar com essa guerra, combatendo a demanda, pois dessa maneira não haverá oferta.

O Brasil, sob a influência da política americana, aderiu à guerra contra as drogas, promulgou leis e regulamentos especiais e espalhou o terror em várias cidades por meio da repressão criminosa de consumidores e traficantes. Essa repressão não tem efeito sobre o fim do tráfico e do consumo, pelo contrário, apenas agravará a violência que assola a sociedade brasileira, aumentará o estigma e exacerbará a exclusão de grupos populacionais mais pobres e marginalizados. A ideia errada é que o direito penal é a solução para os problemas sociais.

O tema da pesquisa é tão complexo que até hoje é impossível adotar uma política antidrogas eficaz. Embora os legisladores não tenham classificado o comportamento de "uso" no artigo 16, apenas o comportamento de adquirir, armazenar e transportar, mas este último é o pré-requisito para configurar o primeiro tipo (uso) (ou seja, uso de drogas), adquirir, armazenar e levar consigo.

Durante os vinte e seis anos da Lei nº 6.368/76, com o fracasso da pena de reclusão por crimes de uso e pela falta de oposição social, a visão da deportação tornou-se política abolicionista das drogas.

Diante de um ambiente social reforçado por estereótipos, cercado de imagens e crenças que afetam a forma como os problemas são resolvidos, a criminalidade tem aumentado de forma alarmante. Para lidar com o fracasso do modelo adotado, é fundamental modificar a cultura atual baseada na ideia de que a prisão será o único e verdadeiro castigo.

Uma decisão recente do STF resolveu essa polêmica, posicionando-se como não criminosa, mas descriminalizando a conduta do usuário, quebrando a tradição da prisão como sanção principal ou alternativa. Ainda que o crime seja considerado fato típico anti-judicial, uma vez que o pré-requisito do crime é a responsabilização, deve ser reconhecida a natureza penal do artigo 28 da Lei 11.343/06. Portanto, é importante criar políticas públicas que discriminem o usuário de drogas.

## REFERÊNCIAS

BATISTA, NILO. **Política Criminal com derramamento de sangue**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 20, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre** no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BERGERON, HENRI. **Sociologia da Droga; [tradução Tiago Jose Risi Leme]**. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2012.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização. Tradução:** Eliana Granja et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

KARAM, MARIA LÚCIA. **De crimes, penas e fantasias**. 2. Ed. Niterói: Lumen, 1993.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Lei nº 11.343 de 23 ago. 2006. **Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção de uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, p. 2, 24 ago. 2006.

MARQUES, Ednarg Fernandes. **O uso e abuso de drogas: prevenir ou punir?**. Revista do Ministério Público do Maranhão, n. 8, p. 81-87, jan./dez. 2001.

OLMO. ROSA DEL. **A face oculta das drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PASSETI, EDSON. **Das Fumeries ao narcotráfico**. São Paulo: EDUC, 1991.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIGON, Rozimeri Aparecida. **A (des) penalização ou (des) criminalização do consumidor de substâncias entorpecentes frente à legislação penal brasileira**. Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 12, n. 2, p. 153-173, 2000.

RUEGGER, Gabriela. et al. **A eficácia do direito penal no mundo contemporâneo**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

SILVA, IGOR LUIS PEREIRA E. **Princípios Penais**. Salvador: Jus Podium, 2012.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Criminologia e Juizado Especial Criminal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, 106 p.

TORCATO, CARLOS EDUARDO MARTINS. **Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: Uma Revisão**. *Revistainter-legere, revista semestral do programa de pós-graduação em ciências sociais-UFRN*. 2014. Disponível em: <

[https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/09/Torcato\\_Políticas\\_publicas\\_Proibicao\\_Legere\\_20141.pdf](https://neip.info/novo/wp-content/uploads/2015/09/Torcato_Políticas_publicas_Proibicao_Legere_20141.pdf) >. Acesso em out 2020.

VIEIRA, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo, Editora: Revista dos Tribunais, 2003.

## IMPACTOS AMBIENTAIS CAUSADOS PELA AGRICULTURA INTENSIVA E A TUTELA DO ESTADO

**CRISTIANE DO NASCIMENTO ROCHA:**  
Acadêmica de Direito da Universidade de Gurupi  
- UnirG.

**AGNELO ROCHA SOARES[1]**

(orientador)

**Resumo:** Dentre os interesses estatais encontra-se a busca pelo desenvolvimento econômico, contudo não se pode esquecer da determinação constitucional de preservação do meio ambiente. Nesse contexto, esta pesquisa científica apresenta um estudo sobre os impactos ambientais causados pela agricultura e a tutela estatal sobre a matéria. A realização da pesquisa se justifica pela relevância que a agricultura representa no país, especialmente no Estado do Tocantins, grande produtor de soja. Ao analisar os danos causados pela realização de atividade econômica, é urgente que seja aprimorada a sustentabilidade ambiental, sob pena de estar o produtor rural incurso nas condutas passíveis de imposição de multa ou até mesmo sanção penal, ante a constatação de crime ambiental. A legislação nacional é objeto de estudo sob a ótica da criação de mecanismos de realização do almejado desenvolvimento econômico sustentável na agricultura e pecuária. Através da exposição de entendimentos doutrinários, na qualidade e pesquisa bibliográfica, os dados e opiniões apresentadas consistem de posicionamentos devidamente citados, analisados segundo o método qualitativo e dispostos em texto na metodologia de ensino dedutivo. Ou seja, o estudo parte de uma concepção sobre a agricultura no Brasil e seus impactos ambientais, para concluir sobre a possibilidade de seu desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Agricultura. Dano Ambiental. Sustentabilidade.

**Abstract:** Among the state's interests is the search for economic development, however, one cannot forget the constitutional determination to preserve the environment. In this context, this scientific research presents a study on the environmental impacts caused by agriculture and state protection on the matter. The research is justified by the relevance that agriculture represents in the country, especially in the State of Tocantins, a large producer of soybeans. When analyzing the damage caused by carrying out economic activity, it is urgent that environmental sustainability be improved, under penalty of the rural producer being involved in the conduct liable to impose a fine or even a criminal sanction, in the face of the finding of an environmental crime. National legislation is the object of study from the

perspective of creating mechanisms to achieve the desired sustainable economic development in agriculture and livestock. Through the exposition of doctrinal understandings, in terms of quality and bibliographic research, the data and opinions presented consist of duly cited positions, analyzed according to the qualitative method and arranged in text in the deductive teaching methodology. In other words, the study starts from a conception about agriculture in Brazil and its environmental impacts, to conclude about the possibility of its sustainable development.

**Keywords:** Agriculture. Environmental Damage. Sustainability.

**Sumário:** Introdução. 1. O Direito ao Meio Ambiente Saudável. 2. Impactos Ambientais Causados pelas Lavouras de Soja. 3. A Relação entre Desenvolvimento Sustentável e o Agronegócio. 4. A Sustentabilidade como Direito Fundamental. 5. A Legislação Vinculada ao Desenvolvimento Sustentável. Conclusão. Referências.

## **Introdução**

Desde a formação das primeiras comunidades que a agricultura se mostra essencial para a garantia do sustento de toda a população. Todavia, a sua prática pode desequilibrar o ecossistema.

Quando realizada sem a observância das leis e normas ambientais, a agricultura pode ser a causa de transformações socioambientais que colocam em risco a sustentabilidade. Por ser uma atividade muito praticada no Estado do Tocantins, grande produtor de soja, a análise dos impactos trazidos pela agricultura intensiva é medida necessária.

Fernando Soares de Jesus (2016) ensina que a agropecuária intensiva consiste no emprego de técnicas de produção modernas, geralmente de alta produtividade. Na agricultura, destaca a biotecnologia e o maior aproveitamento do solo. Na pecuária, aponta o confinamento do gado e o investimento em ração de alta qualidade. Realizada sem observância das leis ambientais, a prática pode ensejar danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo geral analisar os reflexos jurídicos das atividades da agricultura intensiva e a sua relação com o meio ambiente. Especificamente, são expostas as consequências jurídicas dessas atividades, por meio da divulgação de dados oficiais publicados.

Além disso, este estudo descreve as consequências das ações humanas causadas ao meio ambiente, o papel dos meios jurídicos como ferramenta que resguardam os direitos ambientais, expõe as legislações existentes cujo dever é de



fiscalizar essas atividades e analisa a função do Estado como ente público responsável pela proteção do meio ambiente.

Considerando que a agricultura intensiva é uma atividade econômica muito praticada no Estado do Tocantins e que a sua prática irregular pode causar impactos ao meio ambiente, o presente estudo irá discorrer sobre a legislação que discute o manejo da agricultura e o papel do Estado como protetor do meio ambiente.

A relevância da pesquisa advém da necessidade de pontuar os meios de proteção legal vigentes, avaliá-los e verificar se os órgãos de licenciamento são realmente eficazes em relação à emissão das licenças para a agricultura intensiva.

Para tanto, por ser matéria que afeta a sociedade, o estudo se desenvolve segundo o método bibliográfico de pesquisa, posto que indica entendimentos doutrinários e legislações existentes sobre o assunto, com destaque nos pontos críticos da degradação dos recursos naturais. O material foi selecionado segundo as técnicas de pesquisa qualitativa e sintetizam os impactos ambientais causados pela agricultura intensiva no Brasil.

## **1. O Direito ao Meio Ambiente Saudável**

A Constituição Federal de 1988, na qualidade de Carta Magna brasileira, é a maior referência do ordenamento jurídico, no que concerne às leis e normas pátrias. A proteção ao meio ambiente está assim disposta no *caput* do artigo 225:

*“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988)”.*

Ao comentar o dispositivo constitucional, Terence Trennepohl (2020, p. 96-97), em seu Manual de Direito Ambiental, destaca o seguinte:

*“A Constituição Federal de 1988, diferentemente das demais até então promulgadas no país, fez valer uma exigência que muito preocupava os estudiosos do direito que lutaram para a inserção de normas ambientais e mereceu entusiasmada aclamação como uma das mais modernas do mundo pela sua preocupação com o meio ambiente. [...] Inovando brilhantemente, a nossa Carta Magna trouxe um capítulo específico voltado inteiramente para o meio ambiente, definindo-o como sendo direito de todos e dando-lhe a natureza de bem de uso comum do povo e essencial à sadia*

*qualidade de vida, incumbindo ao poder público e à coletividade o dever de zelar e preservar para que as próximas gerações façam bom uso e usufruam livremente de um meio ambiente equilibrado”.*

A Constituição claramente classifica o meio ambiente como um direito difuso, haja vista se tratar de “um direito que assiste a cada brasileiro - segundo convenções e declarações internacionais” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2011, p. 20).

Além do texto constitucional, existem outras leis e órgãos que estabelecem normativas reguladoras neste aspecto jurídico de proteção ao meio ambiente, dentre elas a Lei dos Crimes Ambientais – Lei nº. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que impõe sanções penais e administrativas oriundas de atividades lesivas ao meio ambiente (BRASIL, 1998).

A partir disso, surge o Direito Ambiental, responsável pela regulamentação da relação entre os indivíduos, o governo e as pessoas jurídicas com a preservação do ecossistema em prol do desenvolvimento econômico sustentável.

Milaré (2005, p. 155) conceitua o Direito Ambiental como:

*“[...] o complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”.*

Além das legislações federais, o ordenamento jurídico ambiental é composto por leis estaduais, destinadas à regulamentação das atividades do Estado. No Tocantins, a Lei Estadual nº. 858 de 26 de julho de 1996, criou o Instituto de Natureza do Tocantins – Naturatins, cuja função consiste no controle, monitoramento, fiscalização da observância das normas ambientais; e também o licenciamento ambiental, através da análise do nível de degradação e impacto que a atividade poderá causar (TOCANTINS, 1996).

Portanto, são vastas as legislações ambientais federais e estaduais, contudo, carece de vontade política do Estado em atuar em conjunto com os órgãos competentes para obter resultados eficazes que minimizem os abusos aos recursos naturais. Quando se trata de atividade econômica relevante, como o agronegócio, é preciso analisar os possíveis danos ambientais.

## 2. Impactos Ambientais Causados pelas Lavouras de Soja

A Resolução nº 001/86 do CONAMA – (Conselho Nacional do Meio Ambiente) em seu artigo 1º define o impacto ambiental como sendo “qualquer alteração das propriedades físicas, biológicas do meio ambiente decorrentes das atividades humanas que, afetam: a saúde, e o bem-estar da população e a qualidade dos recursos ambientais” (CONAMA, 1986).

Por isso, qualquer atividade que utilize o solo e as propriedades do meio ambiente são passíveis de causar o impacto anteriormente definido, principalmente com o avanço das tecnologias e áreas destinadas a tais condutas.

A agricultura se inseriu no Brasil e no mundo em decorrência da necessidade de produção de alimentos para a subsistência da população. Mais adiante, a utilização das lavouras evoluiu e passou a ser um negócio rentável, relevante para a economia nacional e local. Dados publicados pela CONAB – (Companhia Nacional de Abastecimento) comprovam esse crescimento das áreas cultivadas ano após ano.

*“Estima-se que os números divulgados no 9º levantamento da Safra de grãos 2018/2019, divulgado pela Conab, mostram que a área plantada, no Tocantins, na Safra 2018/2019 foi de 1.444,91 mil hectares, com um acréscimo de 3,0% em relação à safra passada (CONAB apud TENÓRIO, 2019)”.*

Consequentemente, o impacto causado pela agricultura também é grande e aumenta na medida em que há o crescimento da produção.

No Tocantins, vários foram os danos causados ao meio ambiente em razão das lavouras, especialmente em decorrência das práticas ilegais ocorridas no estado, como exemplo as áreas de reserva sendo desmatadas de forma clandestina. Em matéria publicada pela Revista Veja, Eduardo Gonçalves e Edoardo Ghirotto comentam:

*“Uma área de quase 500 hectares (5 quilômetros quadrados) na municipalidade de Rio Sono, no Tocantins, foi devastada em menos de dois meses pela ação irregular de supostos agricultores. Um levantamento feito pela plataforma MapBiomas, com fotos de satélite fornecidas pela empresa Planet, flagrou a atividade ilegal na região mais bem preservada de todo estado. A suspeita é de que o terreno tenha sido convertido para a plantação de soja (2019, p. 1)”.*

São várias as pesquisas que demonstram essa acelerada transformação na vegetação do cerrado, de modo que não é raro encontrar estatísticas que

comprovam o que de fato vem ocorrendo. Segundo Ramos (2018, p.1), nos “últimos cinquenta anos a vegetação do cerrado diminuiu para a metade do tamanho original. De acordo com dados de 2017, dos 2.038.953 km<sup>2</sup> da área original do Cerrado, 51% já haviam sido desmatados”.

Apesar do exposto, a atividade desenvolvida pelo agronegócio não se resume ao risco ao meio ambiente, mas compreende principalmente o caráter econômico e alimentar, cuja existência de forma sustentável é possível, através do atendimento das normas ambientais.

Por tal motivo, é necessário o conhecimento da relação existente entre o desenvolvimento sustentável e o agronegócio no Brasil.

### **3 A Relação entre Desenvolvimento Sustentável e o Agronegócio**

Diante da existência de normas ambientais a serem observadas quando da realização de atividades junto aos recursos naturais, surgiu a necessidade de se compreender relação entre o agronegócio e o desenvolvimento sustentável, por serem ambos relevantes ao Estado Brasileiro.

O motivo do equilíbrio entre os dois assuntos consiste no papel essencial que a atividade agropecuária representa para o crescimento econômico nacional, posto que, além de alimentar a população, o proveito advindo dessa atividade é parte significativa da economia nacional (SANTOS e VIEIRA FILHO, 2016).

Neste sentido, há interesse internacional pela preservação dos recursos naturais dos países produtores agrícolas e pecuários.

*“A abertura crescente do mercado internacional para os produtos do agronegócio brasileiro deixou o setor exposto às demandas e às pressões econômicas, sociais, políticas e ambientais. À medida que o agronegócio brasileiro aumentou sua produtividade, passou a enfrentar o novo desafio: a sustentabilidade.*

*Atualmente, as práticas que aliam desenvolvimento econômico à preservação do meio ambiente transformaram-se em sinônimo de competitividade no mercado empresarial. À medida que o meio ambiente ganha mais senso de urgência, novas regulamentações e novos critérios vão surgindo (VILELA, 2017, p.1)”.*

Diante da constatação de que as atividades agrícolas devem ser sustentáveis, com menor impacto ambiental possível, há o incontestável interesse estatal em regulamentação da matéria.

*“A maior regulação por parte do Estado das atividades e das políticas ambientais leva o setor de agronegócio a se mobilizar em prol de ações de desenvolvimento sustentável. Essas ações possuem um diferencial competitivo no mercado e uma maior valorização das marcas, considerando a adesão da sociedade à nova consciência socioambiental e às influências originadas por países demandantes de produtos agropecuários, com menor impacto sobre os recursos naturais. O novo Código Florestal brasileiro limita o avanço das fronteiras agrícolas ao passo que induz o aumento da produtividade. É necessário propor estudos mais específicos, que possam verificar o impacto produtivo ao longo da cadeia, na busca de maior eficiência.*

*Deve-se ressaltar que há muito espaço para se melhorar a produtividade e a eficiência dos setores econômicos nacionais. Foi-se o momento em que o desenvolvimento nacional estava desalinhado com as questões ambientais. O agronegócio não sobrevive sem a sustentabilidade produtiva (SANTOS e VIEIRA FILHO, 2016, p.1)”.*

A sustentabilidade na agricultura intensiva está relacionada com a utilização de tecnologias que elevem a produtividade tornando mais eficiente o uso dos insumos.

*“A tecnologia faz a interação perfeita com a produtividade. Rendimentos mais altos podem ocorrer a partir de intensificação do uso das tecnologias existentes (mais fertilizantes por hectare) ou de uma maior eficiência no uso de insumos em geral (mais produção com o mesmo nível de insumos). Maior eficiência no uso de insumos significa crescimento da produtividade total. Esta é a porta de entrada do conceito de sustentabilidade na agricultura (VILELA, 2017, p.1)”.*

A estudiosa Ludmilla Vilela (2017, p.1) indica práticas agrícolas consideradas sustentáveis:

*“Algumas práticas de produção agrícola consideradas adequadas à produção sustentável, podem ser imediatamente implementadas pelos atuais produtores rurais, como: práticas de cultivo mínimo, plantio direto, bacias de infiltração de água no solo, conservação de estradas rurais, planejamento da localização de bueiros e desaguadouros em estradas rurais, recobrimento vegetal de áreas desnudas, proteção vegetal de taludes, manutenção de áreas florestais nativas, conservação e replantio de espécies vegetais nativas, manutenção das áreas de preservação permanentes, proibição da caça predatória e instituição de estação de caça e pesca onde for possível, proibição e fiscalização rigorosa do corte de matas nativas, manejo integrado de pragas, rotação de culturas, respeito aos períodos de carência dos agroquímicos, dosagem correta e localizada dos defensivos, uso de defensivos seletivos e menos agressivos ao ambiente e ao homem, restituição de matéria orgânica ao solo (restos de cultura, restilo, folhas e galhos triturados, etc.) e resgate de práticas de incorporação de compostos orgânicos, sistemas de coleta seletiva de recipientes de defensivos educação ambiental nas escolas primárias rurais e urbanas”.*

No site do Ministério do Meio Ambiente, do Governo Federal, consta evidenciada a necessidade em implementar a sustentabilidade ambiental no agronegócio:

*“Historicamente, práticas inadequadas nas cadeias produtivas ligadas à agropecuária causaram grande impacto ambiental no País. Desde a colônia, os biomas Caatinga e Mata Atlântica vêm sendo afetados pela pecuária extensiva, pela cana-de-açúcar e pela extração intensiva de uma única espécie. O crescente aumento da demanda mundial por alimentos tem elevado o valor das commodities agrícolas de modo geral. O Brasil tem intensa participação nesse segmento da economia, gerando grande capitalização do setor produtivo.*

*Esse cenário tem sido fator determinante à expansão agrícola no País, uma vez que o mercado mundial demanda fortemente por esses produtos, além de melhor remunerar o produtor em questão. O momento reúne condições propícias para a atuação junto a esse setor, visto que se encontra capitalizado e possui*

*uma demanda crescente por produtos ambientalmente sustentáveis. Assim, é fundamental a implantação de processos eficientes de controle e monitoramento da expansão agrícola, de modo a reduzir os processos de degradação ambiental e tornar essas atividades menos impactantes (BRASIL, 2020)“.*

O motivo para a sua implementação na agricultura intensiva se deve ao fato de ser a sustentabilidade um direito fundamental do ser humano, garantido não apenas na Constituição, mas também em normas e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

#### **4 A Sustentabilidade como Direito Fundamental**

Já foi objeto de estudo nesta pesquisa o tratamento constitucional destinado à proteção ambiental e ao direito de todo cidadão a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim como o próprio texto maior destaca, consiste em elemento essencial para a garantia à vida, saúde e integridade física dos seres (BRASIL, 1988).

A partir dessa concepção que a sustentabilidade assume papel de direito fundamental a ser garantido aos indivíduos em comunidade, com previsão constitucional e internacional.

*“O desenvolvimento sustentável proposto no livro é um direito e um dever constitucional fundamental consagrado pela Constituição brasileira (preâmbulo e artigos 1º, inciso III; 3º, inciso II; 5º, parágrafo 2º; 170; 225) e um princípio previsto em tratados e convenções internacionais. Pode ser invocado por pessoas físicas, jurídicas e Estados, como sujeitos ativos, contra pessoas físicas, jurídicas, Estados e organizações internacionais, como sujeitos passivos (WEDY, 2018, p.1)“.*

Penélope Aryhadne Antony Lira e Yonete Melo das Chagas (2013, p.1) comentam que os direitos fundamentais “consistem em instrumentos de proteção ao indivíduo frente à atuação do Estado”.

Por sua vez, Alexandre de Moraes (2006) indica o meio ambiente como direito fundamental de terceira geração, chamados de solidariedade e fraternidade, que envolvem a qualidade de vida saudável, progresso, paz, entre outros.

Em decorrência dos ensinamentos anteriores, é forçoso concluir que o direito fundamental à sustentabilidade “é o princípio vocacionado à produção de riquezas com distribuição, justiça social e proteção do meio ambiente para as presentes

(perspectiva intrageracional) e as futuras gerações (perspectiva intergeracional)". (WEDY, 2018, p.1).

O princípio do desenvolvimento sustentável ou eco desenvolvimento "decorre de uma ponderação que deverá ser feita casuisticamente entre o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e o direito à preservação ambiental, à luz do Princípio da Proporcionalidade" (AMADO, 2014, p. 89).

Trata-se de concepção que não se limita ao meio econômico e ambiental, mas que também se relaciona com o social, já que compromete e possibilita a existência das gerações atuais e futuras.

*"Destarte, desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de existência digna das gerações futuras, sendo possível melhorar a qualidade de vida dos vivos sem prejudicar o potencial desenvolvimento das novas gerações. Será sustentável apenas o desenvolvimento que observe a capacidade de suporte da poluição pelos ecossistemas, respeitando a perenidade dos recursos naturais, a fim de manter bons padrões de qualidade ambiental. Todavia, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável não possui apenas uma vertente econômico-ambiental, mas também tem uma acepção social, consistente na justa repartição das riquezas do mundo, pois inexiste qualquer razoabilidade em se determinar a alguém que preserve os recursos naturais sem previamente disponibilizar as mínimas condições de dignidade humana. (AMADO, 2014, p. 90)".*

Em complemento ao desenvolvimento sustentável, o princípio da função sócio ambiental da propriedade fixa o entendimento de que para que uma propriedade rural alcance a sua função social ela precisa respeitar a legislação ambiental; por sua vez, o do limite ou controle, contido implicitamente naquele, cuida do dever estatal em criar e tornar efetivas as normas que determinem os padrões máximos de poluição, para que não afete o equilíbrio ambiental e a saúde pública (AMADO, 2014).

Para atender à essas determinações principiológicas, é que o Estado Brasileiro destina parte de suas normas à regulamentação da sustentabilidade nas atividades agrícolas e econômicas.

## **5 A Legislação Vinculada ao Desenvolvimento Sustentável**



Segundo o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a agropecuária consiste em um setor econômico pujante no Brasil, daí a sua relevância, com projeção externa, no mercado econômico mundial.

*“A agropecuária, por motivos históricos socioeconômicos e geográficos, mantém-se como atividade de relevância no cenário nacional, mas também apresenta desdobramentos significativos no âmbito do comércio internacional.*

*Tendo-se como foco o mercado interno, é possível destacar o setor agropecuário como um setor pujante, abastecedor de uma grande população, e, por outro lado, como relevante fonte de ocupação de mão de obra. Assinala-se a grande diversidade da agricultura e pecuária nacionais, que são a base para muitas cadeias produtivas de elevado peso no agronegócio.*

*No âmbito externo, o Brasil é um dos principais países no comércio internacional de produtos agropecuários como a soja, o café e carnes. A tradicional participação brasileira no mercado mundial tem contribuído positivamente com o resultado da balança comercial (IBGE, 2020, p. 1)”.*

De acordo com o Governo do Brasil (2020, p.1), no ano de 2020, a arrecadação com agropecuária será expressiva, batendo recordes anteriores.

*“Valor Bruto da Produção Agropecuária (VBP) de 2020, de acordo com dados atualizados em maio, está estimado em R\$ 703,8 bilhões, 8,5% acima do obtido em 2019 (R\$ 648,4 bilhões). O valor é recorde desde que iniciou a série histórica, em 1989.*

*As lavouras tiveram alta de 11%, com R\$ 469,8 bilhões, e a pecuária obteve R\$ 234 bilhões, acréscimo de 3,9% do observado no ano passado. Segundo o Boletim de junho da Conab, a alta do Dólar em relação ao Real colocou os preços domésticos em patamares elevados”.*

Acontece que está estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro que o desenvolvimento econômico deverá ser sustentável, para reduzir os impactos causados pelas atividades junto ao meio ambiente ecologicamente sustentável.

Isto porque, “toda atividade produtiva, ligada ao setor do agronegócio, pode trazer impactos ambientais desde a obtenção, produção e extração da matéria-prima até os processos de transformações nas agroindústrias” (ROSSI e GENEROSO, 2019, p.2).

Para assegurar esse direito fundamental, existem legislações que tratam da matéria. Além da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), que prevê a responsabilização das pessoas físicas e jurídicas, pelo cometimento de delitos contra o meio ambiente, existem ainda as que criam políticas destinadas à sustentabilidade.

*“Como a sustentabilidade se tornou uma regra na sociedade contemporânea, em 2013 foi instituída a lei nº 12.805, de 29 de abril de 2013, fundamentando a Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta a fim de objetivar de forma sustentável, a produtividade. (VILELA, 2017)”*

A lei mencionada indica no seu artigo primeiro a sustentabilidade no agronegócio como um dos objetivos da Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta:

*“Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta, cujos objetivos são: [...] VII - diversificar a renda do produtor rural e fomentar novos modelos de uso da terra, conjugando a sustentabilidade do agronegócio com a preservação ambiental; (BRASIL, 2013)”*

No parágrafo primeiro do mesmo artigo de lei, o legislador faz outra menção à sustentabilidade, afirmando que a agropecuária não se dissocia da recuperação das áreas degradadas.

*“§ 1º A ILPF, para os dispositivos desta Lei, é entendida como a estratégia de produção sustentável que integra atividades agrícolas, pecuárias e florestais, realizadas na mesma área, em cultivo consorciado, em sucessão ou rotacionado, buscando efeitos sinérgicos entre os componentes do agroecossistema, com vistas à recuperação de áreas degradadas, à viabilidade econômica e à sustentabilidade ambiental (BRASIL, 2013)”*

Já no artigo 2º, a sustentabilidade desponta como um dos princípios da Política Nacional:

*“Art. 2º A Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta será implementada com base nos seguintes princípios:*

*[...] II - sustentabilidade econômica dos empreendimentos rurais, por meio da melhoria dos índices de produtividade e de qualidade dos produtos agropecuários e florestais, pela diversificação das fontes de renda e melhoria do retorno financeiro das atividades; (BRASIL, 2013)”*

As citações legais à sustentabilidade ambiental têm razão de ser pelo fato de que uma ação danosa ao meio ambiente pode afetar direta ou indiretamente outras localidades no mesmo ecossistema, atingindo a vida e saúde das pessoas e animais que vivem no local (VILELA, 2017).

Como instrumento hábil a assegurar o desenvolvimento sustentável do agronegócio, o licenciamento ambiental se destaca como instrumento capaz de reduzir os impactos causados pela atividade.

*“As atividades realizadas pelo agronegócio brasileiro, que se iniciam com o plantio de determinada cultura, se estendendo até a agroindústria, onde é feita a transformação e beneficiamento de determinada matéria-prima em diversos outros produtos, carece em algum momento da realização de licenciamento ambiental, de forma que a atividade seja feita de acordo com a legislação vigente, buscando minimizar os impactos ambientais (ROSSI e GENEROSO, 2019, p.2)”.*

O Licenciamento ambiental é definido no texto da Resolução nº 237 de 19 de dezembro de 1997 do CONAMA, que, no seu artigo 1º, inciso I, nos seguintes termos o conceitua:

*“I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (CONAMA, 1997, p. 1)”.*

Desde modo, a utilização do licenciamento ambiental se mostra um forte mecanismo de sustentabilidade no agronegócio, a medida que, proporciona o desenvolvimento das produções agrícolas e pecuárias, sem causar grandes impactos ambientais.

## Conclusão

Haja vista a necessidade de desenvolvimento do Brasil, exercendo a economia um grande papel na mudança nacional de condições de sobrevivência, a agricultura deve ser acompanhada pela tutela estatal de forma contínua. Isso porque da atividade podem ocorrer uma série de danos ambientais.

Está firmado no ordenamento jurídico nacional que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se enquadra dentre os direitos fundamentais resguardados na Constituição Federal e, por tal motivo, objeto de proteção também em leis infraconstitucionais.

Com o avanço da agricultura com finalidade comercial, tornaram-se mais questionados os usos e técnicas utilizadas no plantio e cuidados com o solo por parte dos agricultores e agropecuaristas, já que, o acesso ao meio ambiente relaciona-se diretamente com o direito à vida e à saúde dos cidadãos brasileiros.

Em que pese a preocupação nacional e internacional, há nas normas ambientais as ferramentas disponíveis aos produtores para a regulamentação das suas atividades e obtenção de autorizações das autoridades competentes. Dentre os instrumentos existentes, o uso do licenciamento ambiental pode reduzir os impactos ambientais.

Por serem os dois institutos de interesse estatal, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento social e econômico precisam coexistir de forma harmônica, para assegurar a vida das presentes e futuras gerações ao mesmo tempo em que prejudicar o crescimento financeiro que a atividade proporciona aos trabalhadores e ao Estado.

## Referências

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. – 5.<sup>a</sup> ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo: Método, 2014.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos Esquematizado**. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.805, de 29 de abril de 2013.** Institui a Política Nacional de Integração Lavoura-Pecuária-Floresta e altera a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Disponível em <[BRASIL. \*\*Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1988.\*\* Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <\[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\\_03/leis/l9605.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/l9605.htm\)>. Acesso em: 03 set. 2020.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12805.htm#:~:text=LEI%20N%2012.805%2C%20DE%2029%20DE%20ABRIL%20DE%202013.&text=Institui%20a%20Política%20Nacional%20de,Art.>. Acesso em 04 out. 2020.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Sustentabilidade Ambiental do Agronegócio. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/informma/item/7737-sustentabilidade-ambiental-do-agroneg>>. Acesso em 04 out. 2020.

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – IBAMA. **Resolução n.º 001, de 23 de janeiro de 1986.** Disponível em: <<http://www.ima.al.gov.br/wizard/docs/RESOLUÇÃO%20CONAMA%20Nº001.1986.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente – IBAMA. **Resolução nº. 237, de 19 de dezembro de 1997.** Disponível em: <[https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237\\_191297.pdf](https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf)>. Acesso em 04 out. 2020.

GONÇALVES, Eduardo. GHIROTTI, Edoardo. **Tocantins perde 500 hectares de área preservada em quase dois meses.** Veja. Política. Publicado em 16 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/tocantins-perde-500-hectares-de-area-preservada-em-quase-dois-meses/>>. Acesso em 08 set. 2020.

**GOVERNO DO BRASIL.** Valor da produção agropecuária é projetado em R\$ 703,8 bilhões para 2020. **Publicado em 17/06/2020 16h09. Disponível em:** <[IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. \*\*Agropecuária.\*\* Disponível em: <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/agropecuaria.html>>. Acesso em 04 out. 2020.](https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2020/06/valor-da-producao-agropecuaria-e-projetado-em-r-703-8-bilhoes-para-2020#:~:text=O%20Valor%20Bruto%20da%20Produção,%24%20648%2C4%20bilhões).&text=Os%20preços%20do%20milho%20(19,em%20relação%20ao%20ano%20passado.>. Acesso em 04 out. 2020.</a></p></div><div data-bbox=)

JESUS, Fernando Soares de. **Agropecuária intensiva e agropecuária extensiva.** *Geografia Opinativa*, 2016. Disponível em: <<https://www.geografiaopinativa.com.br/2016/01/agropecuaria-intensiva-e-agropecuaria.html>>. Acesso em 04 out. 2020.

LIRA, Penélope Aryhadne Antony; CHAGAS, Yonete Melo das. **O respeito ao princípio da cidade sustentável como direito fundamental na urbanização brasileira.** *Âmbito Jurídico*, 01 de abril de 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/o-respeito-ao-principio-da-cidade-sustentavel-como-direito-fundamental-na-urbanizacao-brasileira/>>. Acesso em 04 out. 2020.

MILARÉ, E. **Direito Ambiental.** 4ª edição, editora RT, São Paulo – SP, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*; 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. **Sua Pesquisa**, publicado em 2010 e revisado em 2018. Disponível em: <<https://www.suapesquisa.com/geografia/vegetacao/cerrado.htm>>. Acesso em: 04 mai. 2020.

ROSSI, Livia Cristina Sabatini; GENEROSO, Adriana Regina. **Licenciamento Ambiental Para O Agronegócio: Estudo De Caso Mostrando Os Ganhos Ambientais De Uma Propriedade Rural Em Tanabi.** *ANAIS SINTAGRO*, Ourinhos-SP, v. 11, n. 1, p. 287-296, 22 e 23 out.2019. Disponível em: <[https://www.fatecourinhos.edu.br/anais\\_sintagro/index.php/anais\\_sintagro/search/authors/view?firstName=Livia&middleName=Cristina&lastName=Sabatini%20Rossi&affiliation=CR%20Meio%20Ambiente%20-%20São%20José%20do%20Rio%20Preto&country=BR](https://www.fatecourinhos.edu.br/anais_sintagro/index.php/anais_sintagro/search/authors/view?firstName=Livia&middleName=Cristina&lastName=Sabatini%20Rossi&affiliation=CR%20Meio%20Ambiente%20-%20São%20José%20do%20Rio%20Preto&country=BR)>. Acesso em 04 out. 2020.

SANTOS, Mari Aparecida dos; VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro. **O agronegócio brasileiro e o desenvolvimento sustentável.** *Revista Desafios do Desenvolvimento*, 2016 . Ano 13. Edição 87 - 17/06/2016. Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3268&catid=29&Itemid=34](https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=3268&catid=29&Itemid=34)>. Acesso em 04 out. 2020.

TENÓRIO, Eliane. **Levantamento da Conab mostra boa expectativa para área plantada e produtividade de grãos para a safra 2018/2019 no Tocantins.** *SEAGRO – Secretaria da Agricultura, Pecuária e Aquicultura*. Governo do Estado do Tocantins. Publicado em 2019. Disponível em: <<https://seagro.to.gov.br/noticia/2019/6/18/levantamento-da-conab-mostra-boa-expectativa-para-area-plantada-e-produtividade-de-graos-para-a-safra-20182019->

no-

tocantins/#:~:text=Os%20números%20divulgados%20no%209º,em%20relação%20à%20safra%20passada.>. Acesso em: 02 mai. 2020.

TOCANTINS. **Lei Estadual nº. 858, de 26 de julho de 1996.** Cria o Instituto Natureza do Tocantins e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.al.to.leg.br/arquivos/7114.pdf>>. Acesso em 09 set. 2020.

TRENNEPOHL, Terence **Manual de direito ambiental.** – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

**VILELA, Ludmilla.** Sustentabilidade e desenvolvimento sustentável no agronegócio. *Jusbrasil*, 2017. Disponível em <<https://ludmillavilela.jusbrasil.com.br/artigos/463750275/sustentabilidade-e-desenvolvimento-sustentavel-no-agronegocio>>. Acesso em 05 out. 2020.

**WEDY, Gabriel.** O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-26/ambiente-juridico-direito-fundamental-desenvolvimento-sustentavel>>. Acesso em 05 out. 2020.

NOTAS:

[1] Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG

## **A INFLUÊNCIA DAS MÍDIAS SOBRE AS SENTENÇAS DE FILICÍDIO NO BRASIL**

**MARINA GIANSANTE RÊGO BRITO:**  
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário  
Católica do Tocantins

IGOR DE ANDRADE BARBOSA[1]

(orientador)

**RESUMO:** O filicídio é um ato de violência cometido por pais contra seus filhos. A vida é o bem jurídico mais importante, devendo ser tratada como tal. É visado estudar as opiniões sobre um crime que é tão abominável socialmente. O contexto jurídico em relação a este delito é brevemente apresentado, assim como uma visão geral da literatura. É destacada a necessidade da pesquisa visto que a opinião geral das pessoas pode afetar negativamente o Direito Penal, deixando a justiça vulnerável neste sentido. A mídia tem um papel fundamental ao noticiar, já que é um meio que forma opiniões. O veredito final deve ser afastado de todo e qualquer julgamento baseado no senso comum.

**Palavras-chaves:** filicídio, violência, homicídio, mídias, vereditos.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1. ANÁLISE DE CASO. 2. O PERFIL FILICIDA. 3. MENSURANDO A INFLUÊNCIA MÍDIÁTICA. 3. RESULTADOS E DISCUSSÕES. 4. CONTEXTO JURÍDICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

**ABSTRACT:** Filicide is an act of violence committed by parents against their children. Life is the most important legal asset and should be treated as such. It is aimed at studying opinions about a crime that is so socially abhorrent. The legal context in relation to this offense is briefly presented, as well as an overview of the literature. The need for research is highlighted, since the general opinion of people can negatively affect Criminal Law, leaving justice vulnerable in this regard. The media has a key role in reporting, as it is a medium that forms opinions. The final verdict must be removed from any judgment based on common sense.

### **INTRODUÇÃO**

O castigo físico de crianças foi introduzido no Brasil Colonial pelos jesuítas, punir para ter como efeito a correção na visão deles era uma ação vista como forma de amar, com o passar do tempo os fenômenos de violência se disseminaram por todas as categorias sociais. Agressões por muitas vezes se tornam homicídios. Entre



os homicídios, existe o filicídio. Este crime pode ser enquadrado em dois artigos do Código Penal Brasileiro, sendo estes, o artigo 123 e 121. Filicídio é um delito que questiona a natureza humana, o amor dos pais pelos filhos, e a representação de que pais são “portos seguros”. O crime é consumado quando um pai ou uma mãe, ou os dois, chegam a matar o próprio filho.

A notícia de um crime como este causa muita repercussão e comoção social, logo conseqüentemente a mídia possui uma contribuição enorme pelo dialeto que utiliza, trazendo conseqüências para o Direito Penal, frente a esse contexto, levanta-se um questionamento: de que parâmetros de apresentação a mídia utiliza para transmitir os casos de filicídio?

A pesquisa objetiva estudar o universo do filicídio, como ele é retratado nos discursos da mídia e assim definir como ela a influencia sobre a população quando são noticiados os casos, e por fim que efeito isso causa para os veredictos através de uma pesquisa de campo feita online com 100 pessoas e qual a opinião das mesmas.

A elaboração deste projeto deve-se, as inquietações perante alguns questionamentos quanto à forma de estudar e ver como a comunicação influencia como um todo, e principalmente no Direito. O projeto visa ser um trabalho objetivo, claro e que sane alguns desses questionamentos, e que também proporcione uma nova leitura.

## **1. ANÁLISE DE CASO**

Um dos maiores casos de repercussão no Brasil de filicídio, coberto pela imprensa, ocorreu no dia 29 de março de 2008, em que Alexandre Alves Nardoni cometeu o crime juntamente com sua companheira Ana Carolina Jatobá, que era madrasta da criança. Alexandre tinha uma vida financeira na família decadente quando era mais novo, mas com o passar dos anos tiveram uma estabilidade muito melhor.

Alguns traços da personalidade encontrados em Alexandre foram destacados a partir de análise feita sobre a sua história, pois além do caso ser noticiado por toda a imprensa nacional, foram escritos livros sobre, dentre eles: “Caso Isabella: verdade nova”, escrito por Paulo Papandreu, “A morte de Isabella Nardoni - Erros e Contradições Periciais”, de George Sanguinetti, e “O pior dos crimes: A história do assassinato de Isabella Nardoni”, escrito por Rogério Pagnan, entre outros diversos artigos.

Alexandre desde pequeno sofreu bullying na escola, tinha ciúmes da irmã mais nova, era mimado pelo pai, birrento, não era um bom aluno, e era possível notar

também que visivelmente possuía forte desejo de ser pai, até que um dia pensou ter conseguido este feito com sua namorada da época que se chamava Patrícia, mas ao longo do tempo devido desconfianças de seu pai descobriu que geneticamente não era seu filho.

Em dezembro de 1999, Alexandre com 21 anos conheceu Ana Carolina da Cunha de Oliveira mais conhecida como Carol e tinha 15 anos de idade, e então eles começaram a namorar. No começo do relacionamento os pais de Ana Carolina não aprovaram, visto que Alexandre era mais velho, ainda sustentado pelos pais e não estudava. Outro traço destacado fortemente nele era que possuía uma baixa autoestima, não era muito estudado, não tinha o vocabulário muito bom e utilizava-se de várias gírias para se comunicar, e também costumava diminuir Carol. No ano 2001, o relacionamento dos dois terminaram, e Carol passou a ficar muito doente, que fez com que acabassem voltando, e depois de dois meses ela ficou grávida com 17 anos.

Isabella de Oliveira Nardoni a vítima do presente caso nasceu no dia 18 de abril de 2002. O relacionamento de seus pais era bem conturbado por ciúmes e raiva. Logo depois Alexandre começou a fazer faculdade de Direito, o que deixou Carol muito feliz, pois a falta de estudo era uma das causas de seus pais não gostarem dele. Terminaram o relacionamento novamente, devido desconfiança de Carol de ter sido traída. No segundo período da faculdade Alexandre conheceu Anna Carolina Jatobá.

Anna Carolina Jatobá tinha condições financeiras boas, e acabou ficando com Alexandre em novembro de 2002, ainda quando ele namorava a mãe de Isabella. Começaram a namorar publicamente em março de 2003, coincidentemente no mesmo dia que havia terminado o outro namoro. Com apenas quatro meses de namoro, Anna Carolina Jatobá enfrentou problemas com seus pais sobre o seu namoro já que ela não respeitava regras da família, e acabou indo morar com Alexandre e a família dele.

Surgiram problemas dos pais de Alexandre com Carol, e alguns desses problemas era sobre a guarda da criança, pensão, o fato de que a mãe e a madrasta não tinham um bom relacionamento, pois a atual tinha ciúmes da antiga namorada, entre outros. Isabella de quinze em quinze dias passava um final de semana com o pai e o restante ela passava com a mãe.

Em agosto de 2004, o casal Nardoni (Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá) se mudaram para um apartamento que era bancado pelo pai de Alexandre, e começaram a enfrentar problemas relacionados a manutenção da casa, e os dois não

sabiam lidar com isso. Em setembro desse mesmo ano, Anna Carolina descobre estar grávida, e como não era algo planejado acabou afetando seu bem estar, causando problemas de saúde e por fim fez com que ela voltasse a morar com os pais.

O irmão de Isabella nasceu em 25 de fevereiro de 2005 e se chama Pietro. Quando Pietro completou dois meses, Anna Carolina voltou a morar com Alexandre, e largou seus estudos para cuidar da criança e da casa. O relacionamento de Anna Carolina com seu pai não era bom, viviam brigando, chegando já até ter feito boletim de ocorrência contra ele.

Depois de voltar estudar, enfrentou problemas e até que em julho de 2006 descobriu estar grávida novamente e a outra criança nasceu em 17 de abril de 2007. Anna Carolina passou a ter problemas emocionais, médicos receitavam até antidepressivos, mas ao invés de toma-los devido ao preço ela escolheu tomar calmantes que eram mais baratos.

No dia 13 de fevereiro de 2008 oficializaram o casamento, e se mudaram para um novo apartamento que também foi dado pelo pai de Alexandre. Isabella se dava bem com a madrasta e adorava passar o fim de semana com o pai. Em 28 de março de 2008, era um sábado comum em que a menina Isabella iria passar com seu pai.

Naquele dia pela manhã, Alexandre saiu sozinho para colocar rastreador no automóvel de Anna, pois em São Paulo estava acontecendo muito furto de carro, e enquanto isso também foi visitar seus pais que era perto do local. Logo quando voltou para casa brincou com os seus três filhos, e inclusive foi convencido por Isabella a brincar na piscina, almoçaram, pela tarde foram ao Mc Donald's, depois passearam em um supermercado, e por fim fora a casa dos pais de Anna e jantaram, ou seja, tudo parecia normal. Até que 23:14 perceberam que estava tarde e foram para casa, chegando as 23:36. Quando deu 23:49 a polícia recebeu uma ligação de um homem desesperado narrando que havia caído uma criança de alguma janela do prédio dela na rua Santa Leocádia nº 138, no distrito da Vila Guilherme, em São Paulo.

O informante que ligou primeiro morava no primeiro andar do prédio e estava desesperado e dizendo que havia entrado ladrão no prédio e estes teriam cometido o crime. No local apareceram mais de vinte viaturas e três carros de bombeiros devido a quantidade de ligações que eram feitas para a polícia.

O porteiro do prédio não viu a queda e só viu a criança quando escutou o barulho e olhou para o jardim. A criança até o momento não era identificada e não se sabia de qual andar havia caído. Até que Alexandre comunicou ao porteiro que a criança no jardim era sua filha, que ela tinha caído do sexto andar, e que o ladrão a jogou. Alexandre foi até o jardim, colocou o ouvido no peito de Isabella, e começou

a gritar dizendo que ela estava viva e que seu coração ainda estava batendo, ele queria mexer em seu corpo e os vizinhos não deixaram.

Logo em seguida, Anna Carolina desceu ao térreo com seus filhos, transtornada, gritando dizendo que havia ladrão, e inclusive começou a insultar o porteiro. Quando chegou o socorro juntamente com a polícia, o pai e a madrasta conversavam supostamente identificando os invasores. Alexandre nega ter visto qualquer pessoa que entrou em seu apartamento, narrando que chegou na garagem e subiu apenas com Isabella para o apartamento e depois desceu para buscar o restante da família e assim que eles subiram Isabella já tinha sido jogada.

A mãe de Isabella, Ana Carolina foi avisada pela madrasta da criança, e quando chegou ao local, colocou a mão em sua filha e disse que o coração estava batendo muito rápido. Isabella estava desacordada, com os olhos um pouco abertos, boca também um pouco aberta e a língua para fora, ela não tinha nenhum ferimento aparente apenas um pequeno corte em cima da sobrancelha. Houve um desentendimento entre a mãe e a madrasta, devido a madrasta estar gritando incessantemente. O coração de Isabella de Oliveira Nardoni parou de bater dentro da ambulância, sendo considerada morta às 00:42 de domingo, dia 30 de março.

A polícia estava no prédio do casal Nardoni, e revistaram apartamento por apartamento, carro por carro na garagem, e até na vizinhança, mas não encontraram qualquer suspeito. A delegada do caso chamou a perícia. A perícia sempre possui um papel muito importante, mas nesse caso foi imprescindível já que o casal até hoje nunca confessou o crime.

Em uma das primeiras notícias sobre o caso Isabella que foi feito pela emissora Record, encontrada até hoje o acesso pelo youtube, nota-se o foco em mexer com a imaginação do ouvinte com as seguintes frases: "não foi acidental" e "o caso é por enquanto um grande mistério", ou seja, no primeiro momento, logo após acontecer o delito, a mídia já se colocou criando diversas hipóteses do ocorrido, sem sequer ter acesso aos autos do inquérito policial.

No velório de Isabella, ela apresentava só o pequeno corte em cima da sobrancelha, e fora isso seu corpo estava intacto. Sua mãe e seu pai choraram muito durante a cerimônia, mas não conversaram um com o outro. Nesse mesmo momento, a imprensa continuou expondo e indo além pois começaram a questionar os avós, a mãe da criança, se eles achavam que o pai era culpado. A mãe de Isabella nesse mesmo dia deu uma entrevista para um repórter dizendo que achava que nem Alexandre e nem Anna Carolina tinham algo a ver com o acontecido, acrescentou

ainda que a madrasta era muito carinhosa com sua filha e que o pai era ótimo também para a menina.

A polícia durante a investigação achou respingos de sangue pela casa, notou que o corte na janela foi feito do quarto dos irmãos e não no de Isabella, e constantemente eles estavam entrevistando o casal e assim surgiam contradições nos depoimentos. Não havia arrombamento na porta, nada havia sido furtado, e alguém tentou limpar as manchas de sangue. Outro aspecto detectado no casal era de que o comportamento deles diante da situação não era comum, eles não se questionavam e sim ficavam enfatizando que alguém tinha entrado na casa e nenhum dos dois ligaram nem pro socorro e nem pra polícia.

A desconfiança da polícia foi gerada pela falta de motivo do suposto ladrão de cometer um homicídio. O médico legista afirmou para a polícia que Isabella havia sido asfixiada antes da queda, possuía várias feridas dentro da boca e isso dava indícios de que alguém havia tampado a boca da criança tentando impedi-la de gritar. Foram encontradas as marcas de sangue no carro da família e as marcas no pescoço da criança eram compatíveis com as mãos da madrasta. O laudo do IML também apresentou que Isabella teria morrido mesmo se não fosse jogada pela janela e que ela foi jogada doze minutos após o casal chegar em casa, não fazendo sentido a história que o pai contava de ter deixado ela em casa e depois ter descido pra buscar os outros filhos. No dia 02 de abril, diante da inconsistência dos depoimentos do casal, eles acabaram sendo presos.

No dia 27 de abril aconteceu a reprodução simulada do caso, o casal se recusou a participar alegando não querer produzir provas contra eles. Após análises da polícia, dos médicos legistas, dos peritos, e das testemunhas, conseguiram restituir o que aconteceu na noite do crime. O Ministério Público fez a denúncia de homicídio doloso e fraude processual contra Anna Carolina e Alexandre e no dia 07 de maio o juiz aceitou e decretou prisão, eles estavam soltos devido o habeas corpus.

O julgamento ocorreu entre os dias 22 a 26 de março de 2010, atraindo uma multidão ao fórum, não houve a confissão dos réus ou testemunhas, o júri popular aceitou a tese em que a madrasta asfixiou Isabella Nardoni e o pai a atirou do sexto andar ainda com vida, sendo assim Anna Carolina Jatobá foi condenada a 26 anos e 8 meses, e Alexandre Nardoni 31 anos, 1 mês e 10 dias.

O avô de Isabella, Antônio Nardoni, em 16 de dezembro de 2014 foi denunciado por duas novas testemunhas que descreviam ter ouvido Anna Carolina Jatobá dialogar na prisão de Tremembé, São Paulo, em que ela assumiria ter agredido a garota no carro e após uma série de agressões teria ficado inerte no apartamento, o casal supôs que a criança já estava morta e fez uma ligação para o pai de Alexandre

que sugeriu que os dois simulassem um acidente. O Ministério Público pediu para o Departamento Estadual de Homicídios e de Proteção à Pessoa que investigasse as novas denúncias.

As informações acima foram divulgadas pelo programa da Rede Globo, Fantástico, em dezembro de 2014. Na reportagem, uma das testemunhas falou com exclusividade que havia ocorrido mesmo o fato de Anna Carolina ter citado que o avô era participante do crime. Os advogados da família Nardoni conversaram com Anna Carolina e ela negou ter dito algo sobre o sogro e insiste em dizer que ela e o marido são inocentes.

Em 28 de março de 2016, completando 8 anos da data do crime, os advogados da defesa entre eles Roberto Podval fizeram um pedido ao Supremo Tribunal Federal (STF) de um novo julgamento, alegando que o casal Nardoni já havia sido condenado pela mídia e opinião pública antes mesmo de ter sido julgado. O advogado citado ainda acrescentou que a defesa aspira à inclusão de um parecer técnico e de uma animação que foi feita em 2013 por um perito norte-americano chamado James Hahn, diretor do Instituto de Engenharia Biomédica da Universidade de George Washington. O laudo apresentava que as marcas no pescoço de Isabella não tinha marca de nenhum polegar, e logo as marcas não seriam mãos humanas.

Ainda sem desfecho, o caso volta a veicular pela mídia. O Jornal Nacional, transmitido pela Rede Globo, em agosto de 2013 reproduziu entrevistas com os advogados da defesa, o promotor e a perita que coordenou os laudos produzidos pela Superintendência da Polícia Técnico-Científica.

Os advogados afirmaram que com o novo laudo do norte-americano eles voltariam a estaca a zero de provas contra o casal e ainda que reiteraram que a condenação gira em torno de um fato que decai por não ser mãos humanas as marcas no pescoço da criança. O promotor relatou que o casal empregou um meio cruel para impossibilitar a defesa da menina, que a madrasta agrediu e esganou e o pai a jogou pela janela de casa, afirmou também que o laudo é fraco por ter sido feito 5 anos depois do crime e sem análise do corpo e que as investigações no Brasil não deixam dúvidas de que o pai e a madrasta são culpados. A perita também criticou o laudo americano, destacando que nem sempre pode-se detectar todos os dedos devido a existência do movimento da vítima e do agressor, sendo assim muito relativo.

Portanto, como detalhado na narrativa sobre o caso e os acontecimentos percebe-se que o crime teve ampla divulgação para os brasileiros, sendo inserido pela mídia como um entretenimento, sem a preocupação com o direito em si, e este

cenário ocupou as manchetes por um longo tempo, e após análises surge a dúvida de como teria sido esse julgamento se a mídia não estivesse inflamado como o fez.

## **2. O PERFIL FILICIDA**

Descrevendo o termo filicídio podemos dizer que este é um homicídio especializado em que o sujeito ativo pode ser a mãe ou o pai, ou os dois, e o sujeito passivo é o próprio filho. A conduta descrita é socialmente abominável, ocorrendo assim tentativas de explicação do motivo e por qual influência os pais se encontram para cometer este delito. O delito já acontecia antes de sua denominação que só chegou a acontecer na década de 70, antes era enquadrado apenas em infanticídio ou homicídio.

O filicídio pode não ocorrer instantaneamente, existindo assim uma sequência de fatos até o acontecimento, não sendo uma regra, porém pode-se imaginar como exemplo da seguinte forma: negligência, agressões e por fim a morte. Além disso, a vítima pode ser um recém-nascido, estar no primeiro ano de vida, ser uma criança pequena, ou até mesmo adolescentes e adultos, alguns autores inclusive determinam nomes aos criminosos relacionados a idade da vítima.

Quando se trata de caracterizar o(a) autor(a), o filicídio é ainda é um crime difícil de se identificar principalmente por ocorrer na maioria das vezes dentro da própria casa da vítima, mas ainda assim é importante traçar para possivelmente evitar uma morte. Históricos familiares como irresponsabilidade afetiva que afetou possivelmente o(a) autor(a), relação abusiva de parentesco com a vítima, abuso de substâncias, funcionamento psicológico, história criminal, e até mesmo um gene egoísta, são fatores que possivelmente desenham o(a) filicida.

A motivação deste crime se deve tanto pelo perfil da vítima que pode apresentar uma das alternativas citadas no parágrafo acima, quanto por outros fatores como: retaliação, que é quando matam para punir outra pessoa; os filhos indesejados; os que possuem má formação; os que são sacrificados por questões financeiras; e ainda os pais que não aceitam determinada sexualidade dos filhos.

Já quando se analisa a forma com que o filicida se utiliza para consumir o crime, há diferença entre os pais não biológicos e os biológicos. Os que não são progenitores cometem mais do que são por espancamento, que revela assim sentimentos de raiva e ressentimento. Já os progenitores tem tendência a usar as formas menos dolorosas e mais rápidas, como por exemplo, a utilização de armas (FREIRE;FIGUEIREDO, 2006).[2]

A discussão sobre o filicídio é importante, visto que o diagnóstico precoce e a implementação de medidas terapêuticas adequadas em alguns casos, salvam vidas e podem minimizar o índice de violência.

O filicídio deve ser tratado, porém o tratamento é um tabu. A negação predomina os pacientes quando são tratados pelos famosos “doentes das emoções”. Visto que, o filicídio mexe com emoções primitivas do ser humano, e sendo assim, é um tratamento doloroso. Quando há a comunicação sobre, a mente do doente se aflora sobre o assunto trazendo consigo uma possível solidão (DAMETTO, 2013) [3].

### **3. MENSURANDO A INFLUÊNCIA MUDIÁTICA**

O sistema normativo jurídico resguarda o direito de informação e manifestações de opiniões. A liberdade também é prevista no artigo 5º da Constituição Federal. Em relação à divulgação de informações, podemos averiguar que antes de ser um direito coletivo, é individual, pois deve existir uma liberdade de manifestação dos pensamentos, assim quando há o direito de informação deve ser o conjunto do individual com o coletivo (GODOY, 2008) [4].

A mídia utilizando dessa proteção acaba divulgando notícias contendo sensacionalismos sobre o Direito Penal, despertando assim a curiosidade nas pessoas. A persuasão transmitida pelos veículos de comunicação faz surgir dentro de cada indivíduo o sentimento de ser um julgador, e assim recaindo sobre o senso comum, alguns direitos e princípios fundamentais dos acusados são esquecidos. Pode-se analisar também a existência de sentimentos como consequência da influência do universo da mídia em seus telespectadores, chamado de populismo penal, ou seja, o desejo e a vingança de querer fazer justiça e de querer maior ação punitiva do estado.

Como forma de manipulação, a mídia possui padrões em seus discursos. Entre eles, podemos perceber: criação de desvios, onde o público pode não notar aspectos importantes quando houver uma imensidão de outros textos menores e de menor importância; exagerar no problema, que causa atenção e discussão sobre; mostrar as informações gradualmente; linguagens e entonações suaves; utilizações de verbos no imperativo; utilizar mais os estímulos de sentimentos e menos os de reflexões.

As formas de noticiar como já dito traz o clamor público, que por muitas vezes, se confunde. A exploração midiática dos fatos, acaba expondo mais do que deveria, deixando o Direito Penal desprotegido de certa forma, isto é, algumas informações não deveriam vir a público (LOPES JR, 2011) [5].

### **4. RESULTADOS E DISCUSSÕES**



Diante do exposto, foi feita uma pesquisa online em que foi perguntada para 100 pessoas a opinião sobre o tema do presente artigo. O questionário apresentavam cinco questões de múltipla escolha obrigatórias e uma questão facultativa aberta.

Logo na primeira pergunta o indivíduo deveria responder qual a primeira ação que ele tem quando a mídia noticia um caso de filicídio havendo três possíveis respostas, sejam elas: alternativa a, procurar saber o que aconteceu por outras fontes; alternativa b, já condena os réus e pede por justiça; e alternativa c, reproduz algum sentimento ruim como ódio do acontecido. A primeira alternativa obteve 33%, a segunda 29% e a terceira 38%, ou seja, a primeira impressão que passa na maioria das vezes sobre um crime de filicídio é despertar algum sentimento ruim que pode ser uma motivação.

A segunda era se o questionado se sente influenciado pela mídia, 66% respondeu que sim e 34% respondeu que não. A terceira se já assistiu um caso de filicídio que foi noticiado pela mídia e 14% respondeu que não, 34% respondeu que sim e pensou na possibilidade do acusado não ser culpado e 52% respondeu que sim e não duvidou que seria possível que o réu não fosse culpado. A quarta tratava de que se o perguntado fosse o juiz do caso como ele se informaria, 47% respondeu só dados do processo, 46% dados do processo e notícias que vinculam sobre e 7% respondeu apenas notícias que vinculam sobre.

Na quinta era questionado se o perguntado acredita que a forma como a mídia noticia esses casos as pessoas se motivam a condenar o suspeito, 100% respondeu que sim e 0% respondeu que não.

Por último, a sexta pergunta era facultativa e perguntava o que mais causava impacto quando tomava ciência de um caso de filicídio, algumas respostas foram: a crueldade, a frieza, a capacidade, a falta de humanidade e a motivação que os autores do crime tiveram ao cometê-lo. Definindo o que já era demonstrado pela literatura, o crime em si de filicídio choca a sociedade.

## **5. CONTEXTO JURÍDICO**

Na presente pesquisa, é abordado o Filicídio e este é tratado um homicídio doloso, onde há intenção de matar, ou como infanticídio para alguns autores. O homicídio é previsto no artigo 121, §3º do Código Penal e o infanticídio é previsto no artigo 123 do Código Penal, são crimes contra a vida, sendo estes assim julgados por Júri Popular. Quando o julgamento é feito por júri no sistema jurídico brasileiro dizemos que há um julgamento por colegiado, já que não será apenas feito por um juiz singular, e sim por sete jurados.

O filicídio a ser classificado como homicídio doloso é julgado no Brasil através de um Tribunal do Júri. O tribunal do Júri é composto por um juiz presidente e um conselho de sentença, os jurados que são cidadãos prestam serviço obrigatório e não remunerado, não se exigindo também qualquer conhecimento técnico-jurídico. A soberania dos veredictos é assegurada pela Constituição da República de 1988. São eles que decidem sobre a condenação ou absolvição de quem pratica um crime doloso contra a vida.

Quando há a ocorrência de um júri, as pessoas procuram enxergar como uma batalha, onde existe lado vitorioso e lado perdedor, podendo assim ocorrer diversos acontecimentos nesse meio que impossibilitam o julgamento ideal para cada caso. Embora a mídia exerça um papel de suma importância, quando se trata de decisões proferidas por jurados, pode afetar o sistema de forma negativa como: para o acusado, é perceptível que é colocado pela mídia como condenado, ou seja, temos aí uma quebra do princípio da presunção da inocência; para a família do acusado, a exposição; para a família da vítima, já teve a perda de alguém; para a sociedade, a alienação e o medo da criminalidade; e para o estado, a falha da proteção ao bem jurídico mais importante que é a vida. E durante todo o processo do Júri, as pessoas conseguem acompanhar sendo até capazes de comparecer ao local, o que é muito comum em casos de comoção social.

## **CONCLUSÃO**

No Brasil pode ser facilmente observado que ainda nos dias de hoje existe um alto nível de analfabetismo e muita desigualdade social. A falta de informação e de estudo são adversidades que contribuem de maneira significativa para que os veículos midiáticos sejam usados como fonte de formação de opiniões, por isso é importante ressaltar a responsabilidade sobre a veracidade das informações para que assim os valores e os bens constitucionais sejam protegidos. Deve se obter menos entretenimento que buscam apenas o lucro fácil e mais a formação do senso crítico nas pessoas.

É de suma importância que a relação das mídias e o direito de liberdade ao se expressar sejam conduzidos de forma com que não vá contra o mundo jurídico. O universo da mídia inserido no Direito Penal altera não somente os textos de lei, mas também endurecem penas, e fere princípios como princípio da presunção de inocência e o princípio da intervenção mínima, é possível observar que a mídia detém grande poder de convencimento sobre as pessoas.

Através da pesquisa realizada é perceptível que o modo como a notícia disseminada forma opiniões e constrói verdades que afetam não só o individual, mas o coletivo.

A censura da mídia não é de forma alguma solução, e também não é defendido o afastamento do Tribunal do Júri, pois a participação dos jurados é essência para o instituto. Deve existir responsabilidade de veiculação de notícias, uma vez que quando houver essa preocupação as pessoas serão melhores informadas e os acontecimentos serão mais justos. Uma possível solução seria que informações em casos que gerem clamor público deveriam ser divulgadas apenas após o julgamento do caso.

## REFERÊNCIAS

DAMETTO, Carmem. **Filicídio**: considerações sobre o narcisismo. Rio de Janeiro: KBR, 2013.

FREIRE, Ana Cristina; FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: Incidência e factores associados. Scielo. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v24n4/v24n4a01.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2020.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**. 3a Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal** e sua Conformidade Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAGNAN, Rogério. **O pior dos crimes**: A história do assassinato de Isabella Nardoni. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 2018.

Veja a cronologia do caso Isabella. **G1**, São Paulo, 23 set. de 2009. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL386739-5605,00-VEJA+A+CRONOLOGIA+DO+CASO+ISABELLA.html>>. Acesso em: 10 ago. de 2020.

## NOTAS:

[1] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Universidade Candido Mendes – UCAM. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br

[2] FREIRE, Ana Cristina; FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: Incidência e factores associados. Scielo. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v24n4/v24n4a01.pdf>>. Acesso em: 11 mai 2020.

[3] DAMETTO, Carmem. Filicídio: considerações sobre o narcisismo. Rio de Janeiro: KBR, 2013.

[4] GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade. 3a Ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

[5] LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

## **DIMINUIÇÃO EFETIVA DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: DESAFIOS NA LEI DE FEMINICÍDIO**

**VITÓRIA DA COSTA MOURA:**

Graduanda em Direito pela ULBRA – Manaus.

**RESUMO:** O presente trabalho propõe-se a analisar os desafios contidos na lei do feminicídio, de maneira que pretende, inicialmente, realizar uma breve exposição a respeito do contexto histórico e o papel de gênero ao qual as mulheres estão inseridas, a partir dos mitos que contam a respeito dos primórdios da história da humanidade. Com este tópico histórico, procura-se demonstrar a necessidade social das políticas de amparo as mulheres, uma vez que sua vulnerabilidade social foi construída de acordo com o tempo. Feito isso, será feita uma análise a respeito das leis nº 11.340/2006 e 13.104/15 – respectivamente conhecidas como Lei Maria da Penha e Lei de Feminicídio. Após essa análise, será ressaltada a importância das políticas públicas de diminuição efetiva da violência contra a mulher uma vez que, na análise da lei 13.104/15 concluiu-se que apenas instaurar medidas repressivas penais não é o suficiente para a diminuição efetiva destes crimes, sendo necessárias ações preventivas.

**Palavras-Chave:** Violência; Mulher; Desafios; Feminicídio.

**ABSTRACT:** The present paper proposes to analyze the challenges contained in the femicide law, so that it intends, initially, to make a brief exposition about the historical context and the gender role to which women are inserted, based on the myths that tell about the beginnings of human history. With this historical topic, we seek to demonstrate the social need for policies to support women, since their social vulnerability was built according to time. That done, an analysis will be made regarding the laws nº 11.340 / 2006 and 13.104 / 15 - respectively known as the Maria da Penha Law and the Femicide Law. After this analysis, the importance of public policies for effective reduction of violence against women will be stressed, since, in the analysis of Law 13.104 / 15, it was concluded that merely introducing criminal repressive measures is not enough to effectively reduce these crimes, preventive actions are needed.

**Keywords:** Violence; Women; Challenges; Femicide.

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Violência contra a mulher: breve histórico; 3. Lei Maria da Penha; 3.1 Breve histórico de formação da lei; 3.2 Funcionamento e principais mecanismos de proteção à mulher; 3.3 Relação com a Lei do Femicídio; 4 Lei do Feminicídio; 4.1 Previsão legal; 4.2 Principais desafios da lei do Feminicídio; 5 Medidas

de prevenção como mitigadoras de violência contra as mulheres: o uso da educação como principal aliada e o caso do projeto “Lei Maria da Penha nas escolas”; 6 Considerações finais; 7 Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Os níveis de assassinatos de mulheres no Brasil são alarmantes: segundo dados do Mapa da Violência de 2015, o país ocupava o 5º lugar no ranking de mortes de mulheres pela condição de ser mulheres (o que caracteriza o feminicídio), estando atrás apenas de países como El Salvador, Colômbia e Rússia.

O Mapa da Violência é um estudo conduzido por várias organizações mundiais, entre elas a OMS (Organização Mundial de Saúde), a ONU Mulheres e a Organização Pan Americana de Saúde (Opas).

Levantamentos recentes do jornal G1, feitos no especial Monitor da Violência, sugerem que houve um aumento de 7,3% nos casos de feminicídio no ano de 2019 em comparação com o ano anterior, ainda que tenha acontecido uma queda de 14,1% nas mortes de mulheres.

Aqui, cabe lembrar a diferenciação entre homicídio e feminicídio: o homicídio pode ser cometido contra qualquer um dos gêneros, motivado por n motivos. Já o feminicídio é um crime de ódio motivado por razões de gênero.

A lei nº 13.104 de 2015 fato trouxe algumas mudanças que podem levar a uma melhor política de repressão a violência contra a mulher, ao aumentar a pena mínima para 12 anos e considerar tal fato típico como crime hediondo. No entanto, a legislação apenas prevê mudanças em âmbito penal, sendo necessários maiores esforços para coibir efetivamente a prática.

Em razão disso, a pesquisa se justifica uma vez que pretende analisar como a implantação de medidas preventivas ao crime poderia de fato diminuir os casos de feminicídio.

A contribuição módica desta pesquisa para a sociedade virá por meio de dados e argumentos que podem ser levados em consideração em eventual debate legislativo sobre a mudança do paradigma legal atual.

### **1. Violência contra a mulher: breve histórico**

Para CARNEIRO e FRAGA (2012), a violência vivenciada pelas mulheres pode ser entendida um processo histórico, oriundo de fatores como a construção social dos papéis de gênero:

A violência contra a mulher decorre de um processo histórico relacionado ao gênero, portanto não se pode falar sobre a questão sem abordar esse aspecto, uma vez que estão diretamente ligados. Conforme Saffioti (2001, p. 129): "O termo gênero indica rejeição ao determinismo biológico suposto no uso de palavras como sexo e evidencia que os papéis desempenhados por homens e mulheres são uma construção social".

Ainda para a mesma autora existe um conceito de gênero que trata de uma modelagem social estatisticamente, porém não necessariamente referida ao sexo, sendo este o único consenso que existe sobre a questão do gênero. Na construção social do feminino e do masculino atribuiu-se diferentes escalas de poder para o homem e para a mulher, sendo que o masculino ocupou um lugar privilegiado e de destacado poder, em detrimento da desvalorização e subalternidade feminina.

Nesse sentido, o gênero vai além do componente biológico, uma vez que a relação de homem e mulher precisa ser desvelada para além da diferença anatômica e fisiológica, mas fundamentalmente, como desigualdade, a qual é produzida e reproduzida de diferentes formas, garantindo o poder do homem sobre a mulher. Isso fica evidenciado também nas formas de opressão e de violência do homem contra a mulher.

CARNEIRO e FRAGA (2012) trazem, ainda, dados alarmantes. Segundo os autores, a violência de gênero é causadora de mortes maior que as mortes ocorridas por doenças, como é o caso das mortes por câncer, malária, doenças infecciosas, acidentes de trânsito e, até mesmo, guerras entre mulheres de 15 a 44 anos:

Conforme algumas estimativas, divulgadas pela Senasp (MJ) (2011), a violência de gênero é responsável por mais mortes de mulheres entre 15 e 44 anos do que doenças como câncer, malária, Aids, ou do que problemas respiratórios, metabólicos, infecciosos, ou, ainda, do que acidentes de trânsito e guerras.

Mas será que esse aparente "ódio" ao feminino sempre foi desse jeito? Analisando dados históricos, a impressão que se tem é de que este suposto "ódio", a inferiorização da figura feminina, foi construída ao longo da história:

As distinções/divisões entre sexos estruturam a ordem social. Nas narrativas acerca da Pré-história, o corpo feminino, que se imagina quase sempre frágil, é remetido à penumbra da casa, às atividades domésticas, enquanto as representações de atributos femininos são considerados como representações do sagrado. O homem, de corpo forte, é capaz de desenvolver as atividades exteriores, públicas e fisicamente mais exigentes. A pretensa neutralidade deste discurso baseado na pretensa naturalidade das diferenças biológicas entre sexos, insere-se em um poderoso discurso ideológico androcêntrico. É possível esta leitura a partir dos materiais (arqueológicos)? Que mulher (e que homem) transpomos para o passado? Será possível falar unicamente de seres humanos? (VALE, 2015)

Vale (2015) entende que na antiguidade, mais precisamente durante a pré-história e períodos seguintes, a imagem da mulher em tarefas de fundo foi aos poucos sendo criada, uma vez que os homens ficavam mais focados em atividades “fim” da tribo e as mulheres tinham foco nas atividades “meio”, como tecer e exercer outros trabalhos domésticos, além de cuidar dos filhos:

Assim, aos elementos masculinos parecem ser atribuídas as atividades mais perigosas, e também as mais criativas. O homem guerreiro, o homem caçador, o homem metalúrgico, o homem construtor/arquiteto. As ações protagonizadas pelos elementos masculinos das comunidades que habitaram os recintos murados peninsulares resumem a própria definição de Calcolítico. Os lugares de destaque e poder na explicação e definição dos recintos murados estão assim ocupados sobretudo por homens. A mulher desempenha as tarefas de fundo, como cozinhar, limpar, providenciar agasalho, assegurando ao homem a possibilidade de arriscar, inovar, transformar e criar.

Interessante colocação trazida por Vale (2015) nos traz que a masculinidade que é dominante nesse momento é aquela que, mais tarde, será a masculinidade naturalizada pela sociedade burguesa, onde estes estereótipos masculinos também se refletem nos estereótipos femininos:

Este discurso diz também acerca de um tipo de masculinidade naturalizado pela sociedade burguesa. Outras formas de ser-se homem são anuladas. Os estereótipos com as quais se



representam as mulheres – dona de casa, mãe e deusa – vêem-se ao espelho nos estereótipos masculinos – protetor, guerreiro, caçador. Se é verdade que os discursos androcêntricos conectaram a mulher com atividades passivas relegando-a à invisibilidade, também silenciou outras masculinidades ao pretender falar com a voz de um tipo masculino particular (construído 10 Ana Vale A Mulher e a Pré-História Conimbriga, 54 (2015) 5-25 pelo mundo moderno ocidental), pressupondo uma masculinidade hegemônica (seguindo Almeida 2003). Este tipo de "homem", descrito como racional, responsável pelas inovações tecnológicas, a quem é reconhecida uma identidade individual (e não tanto por pertença ao grupo), insere-se no discurso patriarcal do mundo moderno ocidental que procura no passado a legitimação do discurso dominante (Hernando 2013)

A partir da instauração do cristianismo como uma das principais fontes de saberes morais durante os anos, a mulher acabou sendo cada vez mais colocada em papéis secundários, principalmente dentro dos espaços de poder, que eram de acesso quase nulo as mulheres.

A mulher, no contexto do Cristianismo, é a primeira representação do pecado, como pode-se verificar pela interpretação da história de Adão e Eva, dentro do livro de Gêneses, por exemplo.

Segundo Laraia (1997), ainda em se tratando dos conteúdos relativos ao livro do Gêneses e como a bíblia pode ser fonte de estudos a respeito da cultura – nesse caso, os etnográficos – há a clara alusão de que a história foi alterada, de maneira que histórias ainda mais obscuras a respeito da mulher e da sua natureza pecaminosa teriam sido excluídos:

Claude Lévi-Strauss cautelosamente evitou a realização de uma análise estruturalista do Gênesis, sob a alegação de que "a mitologia do Velho Testamento foi distorcida pelas operações intelectuais dos editores bíblicos" (Leach, 1983:74), além do fato de considerar o contexto etnográfico como "quase inteiramente ausente" nos referidos textos. Esta argumentação foi refutada por Leach em seu brilhante artigo "A Legitimidade de Salomão" (*Id., ibid.*), no qual demonstrou a existência na Bíblia de evidências etnográficas passíveis de serem analisadas pelo método antropológico, além da consideração que a

seqüência cronológica que foi estabelecida pelos "editores" tem, "por si mesma, um significado estrutural"

Desde os tempos mais antigos, junto a criação dos mitos bíblicos, havia a informação a aquela cultura de que a mulher deveria ser submissa ao homem, como vemos no caso da versão judaica da história de Adão.

A primeira mulher, na versão bíblica do mito, seria Lilith, uma mulher que não se submeteu a Adão – a "infração" seria não se submeter sexualmente ao homem, uma vez que este homem seria considerado pelo divino como dominante[1].

Só então, após esta revolta de Lilith é que foi criada Eva, conhecida e difundida como a primeira mulher de Adão. Essa censura parece ter como serventia a consolidação do ideal de que a mulher tida como perfeita precisa estar em obediência aos homens de sua vida:

A rebelião de Lilith contra Adão e o Criador levou à necessidade da criação de Eva, esta formada a partir de uma costela de Adão (Gênesis, 2, 21). É possível, portanto, imaginar que um corte foi realizado entre o capítulo 1, versículo 28, e o capítulo 2, versículo 21. É provável que este corte tenha ocorrido, mesmo em época bastante remota, como no quarto século antes de Cristo, quando se supõe que o texto escrito tomou uma forma aproximada da atual (Leach, 1983:77). O próprio teor do capítulo 1, versículo 28, sustenta esta hipótese: "E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra ..." Como seria possível abençoar a ambos e recomendar a multiplicação se Eva ainda não estava criada?

Esse comportamento misógino continuou com o passar do tempo, tendo especial destaque na chamada "Idade das Trevas". Muitos séculos a frente, na Idade Média, a ideia de que a mulher deveria, necessariamente ser figura subordinada ao homem, ganhava ainda mais força.

Nesse sentido, Nascimento (1997) nos elucida que a sociedade feudal tinha muitos elementos patriarcais e que não havia possibilidade de liberdade plena as mulheres, até mesmo a liberdade de locomoção – ir e vir – como veremos no trecho a seguir:

A sociedade feudal foi, sem dúvida, patriarcal e, para muitos autores, estaríamos falando de uma época histórica na qual as mulheres estavam obrigadas a circular exclusivamente na

esfera privada. E, ainda assim, estaríamos falando de uma circulação somente permitida dentro dos limites da casa paterna, da casa marital ou do convento. Esta idéia está certamente reforçada pela grande difusão que as teorias misóginas alcançaram na Idade Média. Desde os primeiros momentos da História da Mulher, pode-se observar a insistência com que se recorre ao pensamento dos teóricos antigos e medievais sobre a condição feminina para afirmar a submissão da mulher medieval

A história do preconceito de gênero com as mulheres e início do efetivo combate a atos de violência ao gênero feminino foram movimentos ocorridos com o tempo, sendo que o período de emancipação da mulher é relativamente recente.

No Brasil, até aproximadamente 200 anos atrás ainda havia forte presença da ideia de que a mulher deveria ser educada para assumir papéis passivos como o de esposa e mãe, o que as deixava particularmente vulneráveis a violências como as que hoje são proibidas pela Lei Maria da Penha:

No início do século XIX, prevalecia no Brasil a ideia de que a mulher deveria ser educada para assumir o papel de esposa e mãe, justificando-se o baixo nível da educação feminina por valores morais e sociais ligados à preservação da família. Às mulheres, atribuía-se a incapacidade intelectual inata e aos homens a inteligência e o poder de decisão. condições injustas bloqueavam o acesso das mulheres ao ensino superior, particularmente aos cobiçados cursos de medicina e de direito, criados pelo Príncipe Regente Dom João e por Dom Pedro I. (CANDEIAS, 2013)

Tal ideia permaneceu muito forte até o advento da Constituição de 1988, que trouxe o princípio da isonomia e ideias progressistas como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária[2]

Pereira (2020) nos traz importante contribuição a respeito das mudanças sociais e renovações sociais, que não mais permitem que a organização social vigente por muitos séculos, o patriarcado, domine as mulheres sexual, física, psicológica e moral como a muito tempo era visto.

Conforme a sociedade vai mudando, é natural que os costumes também acompanhem essa mudança. Podemos visualizar essa afirmação com a crescente e cada vez mais evidente renovação

dos conceitos de família, saindo do conceito de família tradicional, onde havia muita influência do patriarcado.

Nesse sentido, o autor traz, em parte do seu texto, a definição do que seria o patriarcado, conceito útil para ser trabalhado por nós:

Para NARVAZ e KOLLER (2006) o patriarcado pode ser compreendido como uma organização social, onde há mais poder concedido ao sexo masculino:

O patriarcado é uma forma de organização social na qual as relações são regidas por dois princípios básicos: 1) as mulheres estão hierarquicamente subordinadas aos homens e, 2) os jovens estão hierarquicamente subordinados aos homens mais velhos. A supremacia masculina ditada pelos valores do patriarcado atribuiu um maior valor às atividades masculinas em detrimento das atividades femininas; legitimou o controle da sexualidade, dos corpos e da autonomia femininas; e, estabeleceu papéis sexuais e sociais nos quais o masculino tem vantagens e prerrogativas (...)

Assim, leis que desincentivem que as mulheres sejam sempre colocadas em lugares subalternos aos homens são tendências atuais, tentando dar mais igualdade e visibilidade a elas.

Além disso, é grande a importância de se punir essas agressões tal como bem faz a lei Maria da Penha e a lei de Femicídio, demonstrando que é importante que haja igualdade e respeito nas relações entre todos.

Por esse motivo, o próximo tópico abordará a respeito da lei Maria da Penha, fornecendo sua importância e um breve histórico a respeito do porquê de esta lei ter sido fundada.

## **2. Lei Maria da Penha**

A lei Maria da Penha (n. 11.340/06) é importante mandamento legal que visa desestimular, de maneira preventiva e repressiva, a ocorrência de violência de gênero, sendo este gênero o feminino.

Nos tópicos a seguir, trabalharemos um breve histórico a respeito da lei, com o porquê de ela existir e contando a história da ativista que dá nome a ela. Após isso,

será exposto o funcionamento básico da lei e seus mecanismos de proteção a mulher. Por último, pretende-se traçar um paralelo entre esta lei e a lei de Femicídio.

## 2.1 Breve Histórico de formação da lei

O presente histórico será formulado a partir dos relatos obtidos no Relatório 54/01, Caso 12.051, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo o relatório 54/01, Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de homicídio de seu marido, que disparou um revólver contra ela enquanto dormia.

Este ato foi fruto de uma série de agressões anteriores contra ela que ocorriam recorrentemente durante o decorrer de seu casamento.

Uma das principais sequelas deste histórico de violência foi a ocorrência da paraplegia em Maria da Penha, que a adquiriu por conta do tiro que seu companheiro desferiu contra ela:

De acordo com a denúncia, em 29 de maio de 1983, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, de profissão farmacêutica, foi vítima, em seu domicílio em Fortaleza, Estado do Ceará, de tentativa de homicídio por parte de seu então esposo, Senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profissão economista, que disparou contra ela um revólver enquanto ela dormia, ato que culminou uma série de agressões sofridas durante sua vida matrimonial.

Esse tiro fez com que Maria da Penha tivesse algumas lesões e por conta disso ela precisou ser submetida a inúmeras operações cirúrgicas. A paraplegia que foi adquirida é de caráter irreversível e essa consequência não foi a única: com isso, a ativista adquiriu outros traumas físicos e psicológicos.

Maria de Penha tinha medo de separar-se, uma vez que seu marido tinha temperamento muito violento e que tal temperamento repercutia contra ela e suas três filhas durante todo o tempo que durou o seu casamento:

Os petionários indicam que o temperamento do Senhor Heredia Viveiros era agressivo e violento e que ele agredia sua esposa e suas filhas durante o tempo que durou sua relação matrimonial, situação que, segundo a vítima, chegou a ser insuportável, pois não se atrevia, por temor, a tomar a iniciativa de separar-se.

Segundo Yamamoto, Ribeiro e Colares (2020):

A violência contra as mulheres – em especial a violência doméstica – acontece porque em nossa cultura muita gente ainda acha que os homens são superiores às mulheres, ou que eles podem mandar na vida e nos desejos das mulheres, e que a única maneira de resolver um conflito é apelar para a violência. É comum os homens serem valorizados pela força e agressividade e muitos maridos, namorados, pais, irmãos, chefes e outros homens acham que têm o direito de impor suas opiniões e vontades às mulheres e, se contrariados, partem para a agressão verbal e física. (grifo nosso)

É importante citarmos que as agressões continuaram, uma vez que houve segunda tentativa de homicídio, após o início de sua recuperação da ativista, conforme nos traz o Relatório 54/01, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Sustenta ela que o esposo procurou encobrir a agressão alegando ter havido uma tentativa de roubo e agressão por parte de ladrões que teriam fugido. Duas semanas depois de a Senhora Fernandes regressar do hospital, e estando ela em recuperação, pela agressão homicida de 29 de maio de 1983, sofreu um segundo atentado contra sua vida por parte do Senhor Heredia Viveiros, que teria procurado eletrocutá-la enquanto se banhava. Nesse ponto, decidiu separar-se dele judicialmente

Houve informações ainda mais impactantes conforme se transcorria o relatório. Consta que a ação foi premeditada por parte de Heredia e que a motivação provável para a tentativa de homicídio contra Maria da Penha se deu por conta de interesse financeiro:

Asseguram que o Senhor Heredia Viveiros agiu premeditadamente, pois semanas antes da agressão tentou convencer a esposa de fazer um seguro de vida a favor dele e, cinco dias antes de agredi-la, procurou obrigá-la a assinar um documento de venda do carro, de propriedade dela, sem que constasse do documento o nome do comprador. Indicam que a Senhora Fernandes posteriormente se inteirou de que o

Senhor Viveiros tinha um passado de delitos, era bígamo e tinha um filho na Colômbia, dados que não revelara à esposa.

Assim, entendemos que atos de violência contra a mulher, em casos como este e outros mais leves, tem chances de provocar enormes impactos na saúde física e mental das vítimas que as acompanharão por toda a sua vida.

Feitas essas considerações, cabe lembrar a lei não traz apenas dispositivos legais referentes a lei penal, como único mecanismo de defesa da mulher. Existem as medidas protetivas, que veremos mais profundamente no tópico a seguir.

## 2.2 Funcionamento e principais mecanismos de proteção à mulher

A lei n. 11.340/2006, mais conhecida como lei Maria da Penha, traz cinco tipos de violência contra a mulher, que podem ser cometidas em âmbito doméstico por sua família ou por seu companheiro.

São eles: a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. Abordaremos melhor a respeito desses aspectos individualmente a seguir, para melhor compreendermos os mecanismos de proteção trazidos pela lei.

A violência física pode ser compreendida como “qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher”.

Já a violência psicológica é entendida como:

Qualquer conduta que lhe cause danos 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

A falta de conhecimento a respeito destes aspectos legais faz com que inúmeras mulheres sofram atos de violência psicológica em seu dia a dia, desde a repressão de seus pais, irmãos e outros eventuais parceiros utilizando-se dos instrumentos aos quais a lei se refere.

Dessa maneira, podemos depreender que a lei Maria da Penha deu especial importância ao psicológico das mulheres, com a proteção contra atos que podem lhe prejudicar a curto e longo prazo, potenciais gatilhos de transtornos mentais, como a depressão, ansiedade e transtorno de estresse pós traumático, por exemplo.

A violência sexual é definida por lei 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

A violência patrimonial é compreendida como “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”.

A violência moral seria “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

O mandamento legal traz mecanismos de proteção a mulher quando ocorrem atos que estejam relacionados a esses tipos de infração. São eles: as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e as medidas protetivas de urgência à ofendida.

As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são as dispostas no art. 22 da lei 11.3460/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;



II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)

Já as medidas protetivas de urgência a vítimas estão dispostas no artigo 23 da mesma lei, que tem a seguinte redação:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

Existe, como se pode suspeitar, estreita relação entre as leis Maria da Penha e lei de Femicídio. Veremos mais a respeito desta relação no tópico a seguir.

### 2.3 Relação com a Lei do Femicídio

A lei Maria da Penha relaciona-se em muito com a lei de Femicídio, uma vez que a violência contra a mulher, em seus mais variados tipos, como a violência física, psicológica, sexual e moral, entre outras, pode ser causa final de um homicídio.

Ambas as leis trazem a proteção para a mulher, uma vez que existem muitas ocorrências dos tipos de violência trazidas pela lei 11.340/06.

## 3. Lei de Femicídio

A Lei de Femicídio é lei que trouxe uma qualificadora ao crime de homicídio, sendo este homicídio ocorrido por razões de gênero, segundo o mandamento legal.

A lei 13.104/15 traz duas hipóteses possíveis para o enquadramento da conduta dentro do tipo penal. São elas: o femicídio ocorrido por razões de discriminação de gênero e o femicídio ocorrido por razões de violência doméstica.

Quando falamos em femicídio ocorrido por razões de violência doméstica, podemos fazer um paralelo quase que imediato com a lei Maria da Penha (Lei 13.340 de 07 de agosto de 2006), uma vez que dentro dela temos a disposição de alguns conceitos basilares, tais como quais ações seriam consideradas como violência doméstica, quais os tipos de violência são essas e quem pode ser o sujeito ativo desta relação – ou seja, aquele que comete o crime.

Já quando falamos em feminicídio ocorrido em decorrência de motivo de discriminação de gênero, refere-se a homicídios que ocorrem a partir de comportamentos misóginos dentro da relação da mulher com o outro.

Sobre este tipo de violência, é importante destacarmos que mesmo com todas as políticas nacionais que visam coibir a violência contra a mulher, tais como a lei Maria da Penha o é, essas ações não são suficientes para frear o preconceito enraizado em nossa sociedade, que ainda é extremamente machista.

Esses comportamentos preconceituosos acabam fazendo com que a mulher seja tratada como mero objeto, uma “coisa” que não tem direito a escolher como gostaria de se vestir, para onde gostaria de sair ou o que gostaria de fazer sem a aprovação de alguém – que geralmente é seu marido, companheiro ou demais homens de sua família, por exemplo.

### 3.1 Previsão Legal

Para os efeitos da lei nº 11.340/2006, a violência é caracterizada pela ação ou omissão baseada no gênero que cause **morte**, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial (BRASIL, 2006). Os principais mecanismos são compostos por prevenção e repressão da violência.

É importante destacar que há uma relação direta entre a lei nº 11.340/2006 e a lei nº 13.104/2015. Como disposto pela lei nº 11.340/2006, a lógica é que a violência de gênero pode resultar na morte decorrente de gênero (feminicídio). Logo, demonstra-se a necessidade de medidas que endureçam a repressão e prevenção a esse crime de ódio.

Ainda sobre a lei nº 11.340/2006, há a disposição, ainda, de que as unidades federativas e organizações não governamentais deverão articular-se para elaborar políticas públicas que, juntas, podem diminuir efetivamente os índices de violência. Sobre as políticas de prevenção, podemos citar a promoção de estudos, pesquisas, estatísticas e outros dados que possam ser úteis ao combate da violência, por exemplo.

Outras duas interessantes medidas de prevenção dispostas pela lei Maria da Penha são a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia e os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

Mesmo com o avanço que provém da lei Maria da Penha em relação ao tratamento assistencial dado a mulher após sofrer violência, a referida lei não é efetiva, uma vez que apenas o tratamento pós ato de violência é o mais trabalhado, com os atos de repressão pelo Estado.

Tal entendimento baseia-se no fato de que há uma preocupação maior da lei nº 11.340/2006 com o detalhamento de como se dará a execução das medidas protetivas – medidas estas que são tomadas pós atos de violência - que com a elaboração das medidas preventivas, que são legadas a alguns incisos genéricos.

Com o preocupante índice de mortes femininas oriundas de feminicídio, a pressão popular foi crescendo e ficando cada vez mais forte no sentido de coibir a prática na sociedade contemporânea.

Dessa pressão popular, surgiu a lei nº 13.104/2015, conhecida como lei do feminicídio. A referida lei traz dispositivos que mudam a pena base do crime de homicídio, criando uma qualificadora que aumenta para 12 anos a pena em casos em que o crime for motivado por motivos de gênero e torna o crime hediondo.

Uma vez com status de crime hediondo, a sua prática gera inúmeras consequências. Entre as principais podemos citar a dificuldade oriunda do aumento de cumprimento de pena mínima para fins progressão de regime, que aumenta para 2/5 da pena.

Tais alterações foram feitas com a finalidade de coibir a prática do feminicídio, porém somente a ação repressiva do Estado não é totalmente eficaz, uma vez que o ideal é o Estado também crie uma cultura que coíba a prática delitativa.

Sobre isso, é importante destacar que antes repressivo, o direito penal também possui caráter preventivo. Segundo entendimento de SILVA (2014), ao informar a quantidade de pena dada a determinada conduta, o Estado já realizaria, de certa forma, uma ação preventiva, de coerção social:

o direito penal tem caráter prioritariamente preventivo e não caráter meramente punitivo. Ao definir as condutas consideradas ilícitas e respectivamente informa a pena a ser imputada caso haja descumprimento, vemos claramente que há um poder coercitivo e preventivo, pois ao definir quais são os atos considerados ilícitos bem como a sanção penal respectiva, atua uma força preventiva, visto que a função da pena é punir o descumprimento à norma, desta feita o agente

ao pensar em praticar o ato ilícito já saberá a qual pena será submetido desta feita podendo inibir-se de praticar tal ato.

### 3.2 Principais desafios da lei de Femicídio

Como vimos anteriormente, a lei de Femicídio preocupa-se unicamente em punir, voltando-se apenas ao caráter repressivo do direito penal brasileiro.

A punição e severas consequências que trazem a pena não são suficientes para a diminuição dos crimes pois, como vimos, os dados de ocorrência de homicídios por motivos de gênero não tem diminuído.

Faltam medidas preventivas a lei de Femicídio, reformulando-a e transformando a mesma em um mandamento legal mais completo, assemelhando-se ao caso da disseminação do Programa Educacional de Resistência as Drogas (PROERD), no caso da Lei de Drogas, por exemplo, que foi programa realizado por alguns Estados do Brasil, visando prevenir as crianças e adolescentes dos perigos do uso de drogas[3]

## **4. Medidas de prevenção como mitigadoras de violência contra as mulheres: o uso da educação como principal aliada e o caso do projeto “Lei Maria da Penha nas Escolas”**

A lei de Femicídio poderia seguir o viés educacional, tal como vimos o caso do Proerd, como prevenção para, em último caso, a ocorrência de casos de feminicídio.

Orientação pedagógica trazida pela Secretaria Estadual de Educação do estado do Paraná traz o projeto “Lei Maria da Penha nas Escolas” com o objetivo de “destacar a atuação da educação como instrumento de prevenção da violência doméstica e familiar”.

A orientação deixa claro, ainda, que há uma preocupação com o trabalho preventivo da lei Maria da Penha: “No Paraná temos uma legislação específica que destaca a importância desse trabalho de prevenção desenvolvido na escola, a Lei Estadual nº 18.447/2015 que institui a Semana Maria da Penha nas Escolas.”

Na mesma orientação, os responsáveis pela Secretaria de Educação do referido estado deixam claro que:

Essa legislação surge como uma resposta ao nosso contexto social que ainda é marcado pela violência contra as mulheres. A publicação dessa lei estadual reforça a necessidade de

problematizarmos o tema com toda a comunidade escolar. A escola é parte fundamental no processo educacional para uma cultura preventiva e não violenta.

Nesse sentido, o projeto “Lei Maria da Penha nas Escolas” pode ser excelente ferramenta para mitigar os casos de violência contra a mulher e, em último caso, também funcionar como ferramenta mitigadora de feminicídios, uma vez que uma infração mais grave – o feminicídio – mostra-se estritamente ligada a outra – a violência cometida por motivos de gênero, qualquer que ela seja.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como vimos no decorrer do presente trabalho, falta a lei 13.104/2015 mecanismos de prevenção, sendo um mandamento legal que se preocupa unicamente com a repressão dos crimes de homicídio cometidos contra a mulher por razões de gênero.

Entendemos que a simples existência de uma lei que trate de criminalizar tais condutas seja um excelente avanço legal, fruto de anos de militância de grupos que representam os direitos das mulheres.

Porém, ao apenas “retribuir o mal” causado pelos atos de feminicídio, não se resolve totalmente o problema, uma vez que não se está com a intenção de prevenir que ele ocorra e terminar as suas causas, mas sim com a sua repressão.

Nesse sentido, entendemos que o estudo de medidas que levem a discussão da gravidade da violência doméstica para o âmbito escolar podem, em longo prazo, diminuir a ocorrência desses atos e, por fim, tornar as medidas de combate ao feminicídio mais efetivas por parte do Estado.

Para isso, poderia ser utilizado o exemplo da Secretaria Estadual de Educação do estado do Paraná, que tem um projeto destinado a prevenção da violência de gênero, conforme vimos no tópico 4 deste trabalho.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

BRASIL. **Lei Nº 11.340.** Planalto, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)

BRASIL. **Lei nº 13.104.** Planalto, 2015. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm)

CANDEIAS, N M F. Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo – 10 Anos da Memória Paulista – 2002-2012. Editora Escrituras – 2013; pg 665. Disponível em: <http://ihgsp.org.br/wp-content/uploads/2018/03/A-emancipa%C3%A7%C3%A3o-feminina-no-Brasil.pdf>

CARNEIRO, A A; FRAGA, C K. **A Lei Maria da Penha e a proteção legal à mulher vítima em São Borja no Rio Grande do Sul: da violência denunciada à violência silenciada.** Serv. Soc. Soc. no. 110 São Paulo Apr./June 2012.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>

DALBOSCO, S V. **Mecanismos de proteção previstos na lei maria da penha para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.** Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197755/TCC%20Susanna%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LARAIA, R B. **Jardim do Éden Revisitado.** Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-77011997000100005](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77011997000100005)

MELO, S T O. **Revisão histórica do programa educacional de resistência às drogas: uma estratégia eficiente e de baixo custo adotada pela Polícia Militar de Minas Gerais** Disponível em: <https://www.policiamilitar.mg.gov.br/conteudoportal/uploadFCK/proerd/15032019105009377.pdf>

NASCIMENTO, M F D. **Ser mulher na Idade Média.** Disponível em: [http://scholar.google.com.br/scholar\\_url?url=http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/download/27754/23858&hl=pt-BR&sa=X&ei=DVGwX7i2FoydmwGz9qOgCw&scsig=AAGBfm1x6ky1coL0JjL-aYolryh22KI\\_g&nossl=1&oi=scholar](http://scholar.google.com.br/scholar_url?url=http://periodicos.unb.br/index.php/textos/article/download/27754/23858&hl=pt-BR&sa=X&ei=DVGwX7i2FoydmwGz9qOgCw&scsig=AAGBfm1x6ky1coL0JjL-aYolryh22KI_g&nossl=1&oi=scholar)

PEREIRA, A M. **A filiação socioafetiva e seus impactos no direito sucessório.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54689/a-filiao-socioafetiva-e-seus-impactos-no-direito-sucessorio>

SECRETARIA ESTADUAL DE EDUCAÇÃO DO PARANÁ. **Lei Maria da Penha nas Escolas.** Disponível em:

[http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/lei\\_maria\\_penha\\_escolas.pdf](http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/lei_maria_penha_escolas.pdf)

SILVA, L A. **Direito penal, do caráter preventivo à pena**. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <https://lucassilvajus.jusbrasil.com.br/artigos/112283215/direito-penal-do-carater-preventivo-a-pena>

VALE, A. **A mulher e a pré-história: alguns apontamentos para questionar a tradição e a tradução da mulher-mãe e mulher-deusa na Arqueologia pré-histórica**. Disponível em: <https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39124/1/A%20mulher%20e%20a%20pre%20historia.pdf>

VELASCO, C; CAESAR, G; REIS, T. **Mesmo com queda recorde de mortes de mulheres, Brasil tem alta no número de feminicídios em 2019**. Globo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019.ghtml>

NOTAS:

[1] LARAIA, R B. **Jardim do Éden revisitado**. Rev. Antropol. vol.40 n.1 São Paulo 1997

[2] Art. 3º, I. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

[3] MELO, S T O. **REVISÃO HISTÓRICA DO PROGRAMA EDUCACIONAL DE RESISTÊNCIA ÀS DROGAS: uma estratégia eficiente e de baixo custo adotada pela Polícia Militar de Minas Gerais**



## O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DO CONCURSO PÚBLICO

**ANDRESSA DE OLIVEIRA SANTOS:**

Acadêmica do 9º semestre do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA<sup>[1]</sup>

VALDIRENE CASSIA DA SILVA<sup>[2]</sup>

(orientadores)

**Resumo:** A prática do apadrinhamento político sempre esteve presente no cenário brasileiro, mudou-se apenas a nomenclatura, desde coronelismo, clientelismo expressão usada ao se tratar das relações eleitorais no período conhecido como República Velha, até chegar na terminologia atual. Trata-se de pesquisa bibliográfica que evidencia a importância do concurso público e identifica as consequências da mitigação deste princípio constitucional a luz do princípio da eficiência administrativa. Através da técnica documental com respaldo na lei compreenderemos a intenção do legislador ao criar tal instituto e sua relação com o princípio administrativo da eficiência. Por meio da abordagem qualitativa um estudo mais profundo quanto a figura do concurso público incluindo alguns posicionamentos em comum e outros divergentes. Os instrumentos de dados de coletas serão a revisão da literatura específica e a análise documental uma vez que a partir das obras já produzidas é possível surgir novos questionamentos, ou mesmo trazer uma nova visão sobre o tema.

**Palavras-chave:** Apadrinhamento político. Concurso público. Princípio da eficiência administrativa.

**Abstract:** The practice of political sponsorship has always been present in the Brazilian scenario, only the nomenclature has changed, from coronelismo, clientelismo expression used when dealing with electoral relations in the period known as República Velha, until reaching the current terminology. This is a bibliographic research that highlights the importance of public procurement and identifies the consequences of mitigating this constitutional principle in light of the principle of administrative efficiency. Through the documentary technique supported by the law, we will understand the legislator's intention in creating such an institute and its relationship with the administrative principle of efficiency. Through the qualitative approach, a deeper study as to the figure of the public tender including some positions in common and others divergent. The data collection instruments will be the review of the specific literature and the documentary analysis since from the

works already produced it is possible to raise new questions, or even bring a new view on the theme.

**Keywords:** Political sponsorship. Public tender. Principle of administrative efficiency.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. 3 O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. 4 O CONCURSO PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA. 5 O ESTÁGIO PROBATÓRIO E A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. 6 A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO. 7 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 7.1 Superior Tribunal de Justiça. 7.2 Supremo Tribunal Federal. 8 CONCLUSÃO. 9 REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

Quando se pensa em serviço público é pertinente reputar todos os entes federativos. É interessante considerar desde o cargo de um magistrado até o professor de uma escola estadual ambos admitidos por concurso público. O instituto encontra respaldo no artigo 37, inciso II da Carta Magna. Se relaciona com a ideologia meritocrática pois em tese os candidatos têm seus valores associados à moral, educação, aptidão intelectual e em alguns cargos aptidão física. Nesse contexto o concurso público é uma forma de impedir práticas ilícitas tão corriqueiras na administração pública como exemplo, o denominado “cabide de empregos”, se caracterizado pelo acúmulo de cargos ou remunerações, geralmente vindo de interferência política.

Os princípios constitucionais da administração pública expressos no artigo 37 da Constituição Federal mostram a importância de sua criação e mais ainda realça a extrema necessidade de efetivá-los, colocá-los em prática para que assim haja uma boa administração. Quando se trata do concurso público é possível associá-lo ao princípio da legalidade uma vez que o edital se configura como a “lei do concurso” visto que estará vinculado a este. Quanto ao princípio administrativo da eficiência é relevante mencionar como se dá a prestação dos serviços por parte dos servidores públicos. O funcionalismo público cada vez mais tem sido noticiado nos meios de comunicação seja envolvendo servidores denominados “fantasmas” ou mesmo a extrema burocracia que os usuários encontram quando vão em busca dos serviços oferecidos pelo Estado. No que se refere aos demais princípios o certame envolve a impessoalidade tendo em vista não escolher um candidato em questão, o mesmo deve ser aprovado para assim está apto a exercer sua função, quanto o princípio da isonomia ao prestar o concurso público todos tornam-se iguais sem a distribuição de qualquer privilégio.

Ainda dentro do concurso público após aprovado o candidato passa pelo regime do estágio probatório e da avaliação de desempenho ambos mecanismos contribuem para a verificação da capacidade do servidor nas suas atribuições, além da assiduidade e disciplina. O que tem se mostrado no decorrer dos anos, é a diminuição dos concursos públicos e o aumento dos cargos comissionados e contratos temporários. Por meio da pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método revisão da literatura específica e a análise documental e da abordagem qualitativa a presente pesquisa buscou responder o seguinte questionamento: Quais as consequências da mitigação do princípio constitucional do concurso público à luz do princípio da eficiência administrativa?

## **2 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO**

Assim como no setor privado se exige qualificação para que o empregado adquira ao longo dos anos reconhecimento e realização pessoal, no setor público é necessário passar por certames para só assim adquirir as vantagens econômicas e a estabilidade que o serviço público proporciona. Segundo Rafael Oliveira (2017, p.846) “O concurso público é o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona o melhor candidato para integrar os cargos e os empregos públicos, na forma do artigo 37, II, da CRFB”. Entender esse conceito é necessário para analisarmos a importância desse instrumento quanto a seleção dos futuros servidores públicos que prestarão os serviços essenciais à sociedade.

Para Meirelles (2014,p.380) o concurso é a forma específica para a Administração Pública alcançar os princípios da eficiência, moralidade e aprimoramento do serviço público de forma igualitária aos candidatos que atendam aos requisitos previsto na lei, conforme determina o art. 37, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil. Cria-se a concepção de que o concurso público está intimamente ligado aos princípios do artigo supracitado, de forma que ressalta sua relevância no atual cenário do funcionalismo público.

Existem algumas funções que por exigirem um conhecimento ou prática exclusiva, necessitam de provas ou de provas e títulos recursos esses provenientes do concurso público, é o que dispõe o inciso II, do artigo 37 da Carta Magna:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Consoante esse dispositivo é possível concluir que salvo as nomeações para cargo em comissão declarado em lei, a investidura em cargo público precisa de forma democrática selecionar os mais aptos para desenvolverem as atribuições intrínsecas a cada cargo, seleção essa oriunda do procedimento administrativo.

### **3 O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL**

Ao falar sobre concurso público é possível compará-lo a um conjunto de etapas que devem ser vencidas para só então alcançar a aprovação. Esse conjunto de etapas são regidas pela administração pública por meio do edital, instrumento definido como ato escrito em que são apresentadas determinações, avisos, citações e demais comunicados de ordem oficial. No âmbito dos concursos públicos o edital conduz todos os fatores e etapas do procedimento, assim como as competências necessárias para a sua execução. Segundo Motta (2005, p.143):

Reza o consagrado aforismo que "o edital é a lei do concurso público". Essa máxima consubstancia-se no princípio da vinculação ao edital, que determina, em síntese, que todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital (que não só é o instrumento que convoca os candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão)<sup>[3]</sup>.

Portanto, trata-se da norma capaz de conduzir todo o andamento do concurso. No edital estão previstas todos requisitos necessários para a realização do procedimento. Para Rafael Oliveira (2017, p. 842) é possível dividir esses requisitos em duas espécies: requisitos de inscrição, onde consta condições para inscrição e participação no concurso, além de requisitos do cargo no qual associa exatamente com a função que será desempenhada.

Há ainda no edital descrições quanto à idade, sexo e altura dos candidatos, tais requisitos estão sempre associados à função desempenhada por cada cargo pois existem aqueles que desenvolvem funções específicas é o caso por exemplo das carreiras policiais que trazem a altura como um requisito para exercer o cargo. Segundo Rafael Oliveira (2017, p. 840); os requisitos de acesso aos quadros funcionais da Administração serão estabelecidos por lei, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego público.)<sup>[4]</sup>.

Diante o exposto é imprescindível mencionar que todas as disposições presentes no edital devem ir de encontro o texto constitucional, caso haja requisitos contraditórios será declarado nulo pela própria administração no desempenho do judiciário ou da autotutela. Nestes termos ocorre a presença do princípio

constitucional da legalidade. Nota-se que durante toda a construção do edital, desde os requisitos até a realização de fato do concurso público ocorre sempre cumprimento dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para MOTTA (2005, p.140), o princípio da isonomia no concurso público se caracteriza pela garantia de igualdade de tratamento e proibições de privilégios e discriminações injustificadas. Este princípio impede que pessoas com influência política ou com status social ocupem cargos públicos simplesmente por terem esses privilégios.

#### **4 O CONCURSO PÚBLICO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA**

Com o advento da Emenda Constitucional nº19/1998 que acrescentou o princípio administrativo da eficiência ao texto constitucional até então havia apenas os princípios já presentes na Carta Magna necessário se faz compreender o significado desse instituto. Segundo Meirelles (2002,p.98)

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros<sup>[5]</sup>.

Conforme esse entendimento é possível deduzir que existe insatisfação dos usuários quando estes vão em busca do serviço público que lhe é de direito, o intuito do princípio é assegurar que a atividade seja feita de acordo as necessidades dos usuários. Quando se fala em eficiência na administração pública espera-se que o gestor administre a coisa pública com efetividade, economicidade, transparência e moralidade.

Já para Di Pietro o princípio se divide em duas vertentes , "a primeira diz respeito ao meio como o agente público realiza seu papel e suas atividades, enquanto o segundo aspecto refere-se a maneira como ele age de forma coesa quanto a distribuição, organização e regularização no fornecimento do serviço público"<sup>[6]</sup>, espera-se que ele atue com o melhor desempenho possível. Neste contexto destacamos como essencial é o elo entre o princípio administrativo da eficiência e o comportamento do servidor público na prestação do serviço. Seguindo essa percepção em que é dever do servidor agir de acordo os princípios

mencionados na Carta Magna o artigo 116 da Lei n. 8.112/90 reforça ainda mais esse posicionamento tendo em vista que lista obrigações referentes ao princípio da eficiência que devem ser cumpridas pelo funcionário público, por exemplo; exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo (inciso I), atender com presteza (inciso V) e zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público (inciso VII).

Diante dos conceitos supracitados é possível perceber que há uma relação entre o princípio administrativo da eficiência e o concurso público tendo em vista que o processo de selecionar os candidatos para ocupar os cargos da administração pública passa pela perspectiva de ter os mais capacitados para ocuparem os cargos públicos, todavia conforme Carvalho Filho:

O que precisa mudar, isto sim, é a mentalidade dos governantes; o que precisa haver é a busca dos reais interesses da coletividade e o afastamento dos interesses pessoais dos administradores públicos. Somente assim se poderá falar em eficiência.<sup>[7]</sup>

Esse posicionamento nos revela que existe outra compreensão, há entendimento divergente quanto a relação entre os dois princípios, isso é exposto com o advento das notícias divulgadas pelas mídias sociais, constantemente percebemos que existem nos quadros da administração os chamados “funcionários fantasmas”, além dos desvios de dinheiro público, por parte dos administradores públicos. De fato, o que precisa para melhorar esse quadro é o interesse coletivo se sobressair sobre os interesses pessoais.

## **5 O ESTÁGIO PROBATÓRIO E A AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO**

Após o candidato ser aprovado no concurso público, ocorrer sua nomeação, tomar posse e começar o exercício efetivo do cargo se inicia o processo de avaliação. Será analisado sua capacidade intelectual, em alguns cargos sua aptidão física, no geral sua competência profissional. Esse tempo de verificação entre o início do exercício e o alcance da estabilidade é denominado estágio probatório que de acordo o artigo 41 da Constituição Federal alterada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 estabelece o prazo de 3 anos. De acordo Rafael Oliveira (2017,p.839);

O estágio probatório é o período de efetivo exercício dentro do qual será avaliada a aptidão do servidor estatutário para o cargo. Atualmente, o estágio probatório é de três anos, na forma do art. 41 da CRFB, alterado pela EC 19/1998<sup>[8]</sup>.

Para Di Pietro (2018,p.816) o estágio probatório abrange o início do exercício e a aquisição da estabilidade e tem por objetivo observar se o servidor apresenta condições para exercer o cargo agindo com moralidade, assiduidade, disciplina e eficiência.<sup>99</sup> Observa-se que durante esse lapso temporal está se averiguando a capacidade do servidor quanto sua eficiência na prestação dos serviços.

Na Constituição Federal em seu artigo 41 parágrafo 4º dispõe sobre a obrigação de uma avaliação de desempenho instituída por comissão própria com a finalidade de fazer o servidor adquirir a estabilidade. Já para os servidores no âmbito federal a lei nº 8.112/90 no parágrafo 1º do artigo 20 estabelece que 4 meses antes de findo o estágio probatório o funcionário público será submetido à autoridade competente a avaliação de desempenho também instituída por comissão própria, percebe-se que o que difere é apenas a exigência de ser aplicada quatro meses antes do término do estágio. Na administração pública a avaliação de desempenho serve como um mecanismo para aferir a capacidade do servidor na permanência do serviço público, são critérios objetivos e subjetivos que devem ser levados em consideração tendo em vista as perseguições políticas sempre presente no funcionalismo público. Diante esse contexto Rafael Oliveira (2017,p.841) revela um entendimento além, pois traz um questionamento quanto a atuação da Administração;

Questão interessante é saber se o servidor adquire a estabilidade ao final do período de três anos quando a Administração, por omissão, deixa de instituir a comissão. Ao que parece, nesse caso deve ser reconhecida a estabilidade do servidor, pois a avaliação especial é um ônus da própria Administração, que pretende ter a certeza da competência e capacidade do agente, e a sua ausência não pode prejudicar o servidor<sup>101</sup>.

Dentro deste tema o Supremo Tribunal Federal já tem consolidado em seu entendimento que "Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade." (Súmula 21). Conclui-se que cabe ao Estado de forma cristalina e sempre atendendo o interesse público buscar os melhores métodos para devolver a sociedade servidores capacitados.

## **6 A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO**

Durante o estágio probatório o servidor ainda não possui a garantia da permanência no serviço, posteriormente ainda passará pela avaliação de desempenho organizada por comissão própria. Findo esse processo o servidor alcança a estabilidade, instituto fundamental a Administração Pública. Muitos

candidatos ao mencionarem uma das vantagens do ingresso no serviço público logo o relaciona com o alcance da estabilidade, Para Di Pietro (2018,p.813);

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa<sup>[11]</sup>.

Verifica-se a conquista da estabilidade como uma segurança na permanência do serviço público, o mecanismo tem por objetivo fazer com o que o Estado trabalhe de forma contínua sem interferência econômica ou política. É a partir desse instrumento ser possível inibir hábitos comuns na Administração Pública, seja nas situações em que o superior impõe ao subordinado práticas para favorecimento pessoal seja a corrupção propriamente dita. Frente esse quadro para Carvalho Filho (2017,p.841) a estabilidade vai além do cargo;

A estabilidade possui pertinência com o serviço, e não com o cargo. Adimplidos os requisitos constitucionais, o servidor adquire estabilidade no serviço público. Por essa razão, em caso, por exemplo, de promoção para cargo mais elevado da mesma carreira, o servidor não precisará se submeter novamente ao estágio probatório e à avaliação especial de desempenho. Apesar da mudança de cargo, o servidor permaneceu no mesmo serviço e na mesma carreira<sup>[12]</sup>.

Percebe-se que que o serviço continua sendo prestado e no caso de promoção para cargo mais elevado pertencente a mesma carreira o servidor não precisará passar pelo estágio probatório, novamente todo esse conceito se harmoniza com o fato da administração pública não ter seus serviços suspensos. Conforme menciona Di Pietro.

## **7 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

### **7.1 Superior Tribunal de Justiça**

No ano de 2010 ocorreu o julgamento do recurso ordinário em mandado segurança em que os recorrentes alegaram que foram aprovados no concurso público destinado ao provimento do cargo de Analista de Administração Pública-Arquivista, prevendo o edital do certame a disponibilidade de cinco vagas, além da formação de cadastro de reserva. Nos dois primeiros anos de validade do certame,



foram convocados 45 candidatos, 40 candidatos a mais que o previsto no edital. No prazo de prorrogação de dois anos, o Governador do Distrito Federal externou o inequívoco interesse no imediato preenchimento de 37 cargos vagos do referido cargo, nomeando os candidatos classificados entre 46º e 83º lugares. Desses candidatos, cinco manifestaram expressa e irretratável desistência quanto ao direito de serem empossados mediante declaração escrita, quantitativo suficiente para alcançar a colocação dos impetrantes, classificados nas 85ª e 88ª posições. O STJ se posicionou alegando que a aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do certame, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco a necessidade do preenchimento de novas vagas. Vejamos:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas.

2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.

3. Hipótese em que o Governador do Distrito Federal, mediante decreto, convocou os candidatos do cadastro de reserva para o preenchimento de 37 novas vagas do cargo de Analista de Administração Pública - Arquivista, gerando para os candidatos subsequentes direito subjetivo à nomeação para as vagas não ocupadas por motivo de desistência.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido.

(RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.105 - DF (2010/0080959-0) RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON-Julgado em: 19/08/2010)<sup>[13]</sup>

Percebe-se que o entendimento do STJ nesse caso é que a desistência comprovada dos candidatos gera aos subsequentes direito subjetivo à nomeação uma vez que previsto no edital a formação de cadastro reserva, ademais, é estabelecido prazo de validade para os concursos públicos modo a possibilitar o preenchimento das vagas surgidas após a publicação do edital, sem a realização de um novo certame.

Outro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relevante para se mencionar no presente artigo refere-se a gestante, no caso em tela a mesma foi excluída do concurso para soldado da polícia militar por não apresentar três dos vinte e oito laudos de exames exigidos: a radiografia, o teste ergométrico e o preventivo. Se justificando que estava no último mês de gravidez e naquela fase da gestação os exames seriam prejudiciais ao bebê. A jurisprudência desta instância é pacífica no sentido de não ser permitido o tratamento diferenciado em razão de alterações fisiológicas temporárias, quando o edital expressamente proíbe a realização de novo teste de aptidão física, em obediência ao princípio da igualdade, devendo ser eliminado o candidato que não comparece à realização do teste. Todavia o ministro relator externou em seu voto que:

[...] É que, não obstante conste do resultado que a candidata fora eliminada do certame porque faltou ao teste físico, ao que se tem dos autos, a candidata efetivamente compareceu na data da realização da prova como deixa certo o documento de fl. 31 que contém o recurso administrativo interposto pela impetrante e recebido pela comissão organizadora na mesma data, fato não contestado pela autoridade apontada como coatora. Ademais, conquanto haja previsão editalícia no sentido de que "Nenhum candidato merecerá tratamento diferenciado em razão de fatos (alterações patológicas ou fisiológicas — contusões, luxações, fraturas, etc — ou outras situações), ocorridos antes do exame ou durante a realização de qualquer das provas do exame, que o impossibilitem de submeter-se às provas do Exame Físico ou diminua sua capacidade física ou orgânica", não há previsão no edital no sentido de que a candidata será eliminada em virtude de gravidez que, vale frisar, não constitui doença e, pois, alteração patológica, tampouco alteração fisiológica que tenha natureza assemelhada à daquelas elencadas, de modo a autorizar a interpretação analógica adotada pela autoridade impetrada. Por outro lado, a proteção constitucional à maternidade e à gestante não somente autoriza mas até impõe a dispensa de

tratamento diferenciado à candidata gestante sem que isso importe em violação ao princípio da isonomia, máxime se não havia expressa previsão editalícia proibitiva referente à gravidez. A propósito do tema, o Supremo Tribunal Federal firmou sua jurisprudência no sentido de que a gestação constitui motivo de força maior que impede a realização da prova física, cuja remarcação não implica em ofensa ao princípio da isonomia<sup>[14]</sup>, [...]

O ministro relator citou ainda a matéria que teve a repercussão geral reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes no RE n. 630.733/DF, ainda pendente de julgamento:

**CONCURSO PÚBLICO. REMARCAÇÃO DO TESTE DE APTIDÃO FÍSICA.** A possibilidade de remarcação de teste de aptidão física para data diversa da estabelecida por edital de concurso público, em virtude de força maior que atinja a higidez física do candidato, devidamente comprovada mediante documentação idônea, é questão que deve ser minuciosamente enfrentada à luz do princípio da isonomia e de outros princípios que regem a atuação da Administração Pública. Repercussão geral reconhecida. (RE n. 630.733/DF, Ministro Gilmar Mendes, DJe 4/4/2011 – grifo nosso)<sup>[15]</sup>

Sendo assim, ficou firmado o entendimento a excepcionalidade em se tratando de gravidez. Percebe-se que o princípio da isonomia se fez presente para o enfrentamento da decisão. Posicionamento contrário teve o Superior Tribunal de Justiça no caso julgado em mandado de segurança impetrado por candidato eliminado de concurso público para o cargo de soldado por motivo da exigência de altura mínima de 1,65 para homens e 1,60 para mulheres, segundo o impetrante haveria violação ao princípio da isonomia. De acordo o posicionamento do ministro a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífico no sentido de que “é constitucional a exigência de altura mínima para o ingresso em carreiras militares, desde que haja previsão legal específica”, o que houve no caso citado.

**MANDADO DE SEGURANÇA. INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA PMMS. LIMITE MÍNIMO DE ALTURA. PREVISÃO LEGAL. EXIGÊNCIA DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO ÓRGÃO ESPECIAL EM SEDE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ORDEM DENEGADA.** Consoante decidido pelo Órgão Especial, em sede de arguição de

inconstitucionalidade, o *discrímen* se demonstra compatível com o exercício do cargo e atribuições do policial militar de forma que a exigência de altura mínima de 1,65 para homens como requisito para ingresso na carreira é razoável e afasta a inconstitucionalidade do dispositivo. Segurança denegada, com o parecer<sup>[16]</sup>.

No caso em pauta o STJ denegou o pedido do impetrante que argumentava haver afronta ao princípio da isonomia ao tratar da diferença entre a altura dos candidatos do sexo masculino e do sexo feminino, todavia já há nos tribunais superiores jurisprudência pacífica no sentido contrário.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça o candidato aprovado dentro dos números de vagas tem direito líquido e certo à nomeação. O mandado de segurança foi julgado em 04 de dezembro de 2007. Segundo a impetrante, ela havia prestado concurso público para o cargo de Oficial de justiça da 1ª Circunscrição Judiciária, Comarca de Santos- SP. Tinha sido aprovada e classificada em 65º lugar. O edital do certame previa a existência de noventa e oito vagas, sendo cinco vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais. Dentro do prazo de validade do concurso, impetrou mandado de segurança, pleiteando sua nomeação e posse no referido cargo. Denegada a ordem sob o argumento de que a nomeação e posse dependia de critérios de oportunidade e conveniência da Administração. Sendo assim a recorrente interpôs recurso ordinário a corte, alegando possuir direito subjetivo à nomeação, porquanto classificada dentro do número de vagas previstas no edital. O STJ decidiu que, examinemos:

**ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.**

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida,

direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes.

3. Recurso ordinário provido. (Relator (a): Ministro PAULO MEDINA (1121) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 04/12/2007)<sup>[17]</sup>.

Portanto conforme julgamento o recurso foi provido, dando razão à recorrente e sedimentando o entendimento quanto a aprovação de candidatos dentro do número de vagas. Percebe-se a segurança trazida ao candidato oriunda do próprio concurso público e do princípio da vinculação ao edital.

Outro precedente também nesse sentido foi julgado em 29 de maio de 2008. O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança havia sido interposto para contradizer acórdão que denegou a ordem em face de ato omissivo da referida autoridade coatora, que deixou de nomear o recorrente, aprovado nas vagas previstas no edital, no cargo de Agente Auxiliar de Perícia da Polícia Civil.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO PROVIDO. 1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. 2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os cargos com os candidatos aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes. 3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. 4. Precedentes desta Corte Superior: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG. 5. Recurso Ordinário provido.(NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO-RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.750 - MS (2007/0279596-9)- Data do Julgamento: 29-05-2008.<sup>[18]</sup>

Mais uma vez firmado o entendimento da corte que em se tratando de concorrentes classificados dentro do número de vagas ele tem direito líquido e certo à nomeação. No voto do eminente relator há o argumento de que não é justo à Administração, dentro do prazo de validade do concurso público eximir-se na prática dos atos de nomeação do caso em tela, em respeito aos investimentos financeiros, de tempo e tempo e emocionais dos concorrentes.

## **7.2 Supremo Tribunal Federal**

A suprema corte tem em seu entendimento vários posicionamentos pertinentes quando se trata de concurso público. Para o STF o edital é a “lei do concurso” a corte instrui que após a publicação do edital só é possível alteração das regras se houver alteração na legislação que disciplina a respectiva carreira.

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008). 2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005). 3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambigüidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007. 4. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas

subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada”<sup>[19]</sup>.

Sendo assim, conforme entendimento do STF o concurso público deve ser regido exclusivamente pelo edital. Todas instruções devem está expressas na publicação. Citado anteriormente o princípio da vinculação ao edital é sem dúvidas um meio de inibir possíveis práticas corruptas por parte da administração pública pois todos os atos referentes às etapas, as atribuições aos documentos, a aplicação das provas seja objetiva ou subjetiva, além dos testes físicos quando o cargo exigir precisam está explícitas no edital.

Outro entendimento relevante da maior instância do poder judiciário concerne ao provimento em concurso público, a corte apresenta seu posicionamento na súmula vinculante número 43 que dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de concurso público para um novo cargo. Antigamente acontecia o acesso funcional, como exemplo o servidor no cargo de técnico que alcançava o nível mais alto da carreira e virava analista por promoção, sem fazer concurso. A súmula veio para coibir essa prática, de modo que se o servidor deseja ir para outro cargo a ele é obrigatório fazer outro concurso, passar pelo estágio probatório tudo novamente. Eis o posicionamento da corte: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”<sup>[20]</sup>. Súmula vinculante 43.

Ao se tratar de candidatos com inquérito policial ou propositura de ação penal, entendeu o STF que o requerente não pode ser eliminado do certame apenas com base nessa instauração. A eliminação nessas condições sem o trânsito em julgado da condenação, viola o princípio constitucional da presunção da inocência, que também deve ser observado na esfera administrativa. Vejamos a ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. CANDIDATO. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ. 1. A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência. 2. A decisão monocrática que

confirma essa jurisprudência para dar a preceito legal estadual interpretação a ela conforme não ofende o postulado da reserva de plenário estabelecido no art. 97 da Constituição da República tampouco ofende o teor da Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014).<sup>[21]</sup>

Nesse entendimento a corte por unanimidade negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. O magistrado citou em seu voto a jurisprudência daquela instância, mesmo em casos de concurso para militares. No quesito investigação social ainda assim é necessário o trânsito em julgado para uma possível eliminação posteriormente.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Procurou a pesquisa em questão identificar as consequências da mitigação do princípio constitucional do concurso público à luz do princípio da eficiência administrativa. Verificou-se que diante do atual cenário, o funcionalismo público tem suas mazelas que vão desde o apadrinhamento político, funcionários “fantasmas” até a ineficiência por parte do serviço prestado pelo Estado.

Verificou-se que o princípio constitucional do concurso público é um instituto capaz de selecionar os melhores candidatos para ocuparem os cargos públicos. Existe ainda sua relação com os princípios expressos no artigo 37 da Carta Magna no presente artigo buscou-se especificamente compreender sua ligação com o princípio administrativo da eficiência.

Analisou-se as fases posteriores a aprovação no concurso público. O estágio probatório e a avaliação de desempenho ambos regimentos resultam na estabilidade instituto este garantidor da segurança na permanência do serviço público.

Examinou-se ainda o posicionamento tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto do Supremo Tribunal Federal em assuntos relacionados ao concurso público, concluiu-se que em se tratando de desistência comprovada dos candidatos, gera aos subsequentes direitos subjetivo à nomeação. No caso da candidata gestante o STJ entendeu que a mesma não poderia ser eliminada do certame em virtude da sua alteração fisiológica. Ao tratar do requisito da altura ser diferente entre o candidato do sexo feminino para o candidato do sexo masculino no cargo de soldado da polícia militar a corte compreendeu que essa distinção não fere o princípio da isonomia, desde que haja previsão específica legal, o que existiu no caso apresentado.



Ao tratar do candidato aprovado dentro do número de vagas o STJ interpretou que o mesmo tem direito líquido e certo a sua nomeação. A suprema corte conclui que o edital é a lei do concurso uma vez que ele que rege toda a realização do certame. Quanto aos candidatos que tenham inquérito policial ou mesmo a propositura de ação penal, a maior instância do poder judiciário decidiu que não poderá ser eliminado, pois sem o trânsito em julgado da condenação haveria a violação do princípio constitucional da presunção de inocência que também deve ser observado na esfera administrativa.

Depreende-se a importância do concurso público como um instrumento capaz de inibir hábitos corruptos corriqueiros no funcionalismo público. Sua possível diminuição acarretará em um serviço público cada vez mais propício às práticas políticas oriundas da coação por parte dos representantes políticos.

## 9 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Filho. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31 ed. São- Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIZERODIREITO. Disponível em  
<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a7aeed74714116f3b292a982238f83d2>>. Acesso 29 setembro. 2020.

FGV. Biblioteca Digital. **CONCURSOS PÚBLICOS E O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL**. 2005. Disponível em:  
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/43864/44722>>. Acesso em: 5 maio.2020.

JUSBRASIL. Disponível em  
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19179653/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-20718-sp-2005-0158090-4/inteiro-teor-19179654> >  
Acesso em 29 Setembro. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. Brasil: Malheiros editores, 2014.

OLIVEIRA, Rafael. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 5 ed. São- Paulo: Forense, 2017.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 maio.2020.

PLANALTO.**Regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 10 maio.2020.

PORTALJUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.portaljustica.com.br/acordao/192973>>. Acesso em: 24 de setembro de 2020.

Súmula vinculante número 43. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>> Acesso em 29. Setembro. 2020.

STF. JURISPRUDÊNCIA. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>> Acesso em 29 setembro. 2020.

STF. Súmula 21. Disponível em:< <http://portal.stf.jus.br/>>. Acesso em: 10 maio.2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-01-30\\_07-51\\_Candidato-alcado-a-vaga-por-desistencia-de-outros-candidatos-tem-direito-liquido-e-certo-a-nomeacao.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-01-30_07-51_Candidato-alcado-a-vaga-por-desistencia-de-outros-candidatos-tem-direito-liquido-e-certo-a-nomeacao.aspx)>. Acesso em 24 de setembro de 2020.

<sup>[11]</sup> Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito

<sup>[21]</sup> Doutora e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens. Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Atualmente é professora titular da Universidade Luterana de Palmas - Ceulp/Ulbra e Faculdade Católica do Tocantins - FACTO. Tem experiência na área de Comunicação, com ênfase em tecnologias da informação e da comunicação, atuando principalmente nos seguintes temas: comunicação, mídia e cultura. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil.

[13] MOTTA, Fabrício. **Concursos públicos e o princípio da vinculação ao edital**, 2005, p. 143.

[14] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito Administrativo**, 2017. p. 840.

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 2002. p 98.

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**, 2018, p.690.

[17] FILHO, José dos Santos Carvalho, **Manual de direito administrativo**, 2017, p.53.

[18] OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**, 2017, p. 839

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2018, p. 816.

[10] OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**, 2017, p.841

[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 2018, p. 813.

[12] CARVALHO, Filho. **Manual de Direito Administrativo**, 2017, p. 83

[13] RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 32.105 - DF (2010/0080959-0) RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON- Julgado em: 19/08/2010. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15933067/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-32105-df-2010-0080959-0/inteiro-teor-17013276>>. Acesso em 29. setembro. 2020.

[14] <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1208779&tipo=0&nreg=2008027>. Acesso em 29. Setembro. 2020

[15] RE n. 630.733/DF, Ministro Gilmar Mendes, DJe 4/4/2011 – grifo nosso. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22870333/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-630733-df-stf>>. Acesso em 29 setembro. 2020

[16] STJ.MS. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1515044&tipo=0&nreg=201403095610&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160902&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em 29.setembro.2020.

[17] (Relator (a): Ministro PAULO MEDINA (1121) - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 04/12/2007). Disponível em <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2003\\_162\\_capSegundaTurma.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2003_162_capSegundaTurma.pdf)> Acesso em 29. Setembro. 2020.

[18] NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO-RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 25.750 - MS (2007/0279596-9)- Data do Julgamento: 29-05-2008. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781401/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-26340-ms-2008-0029486-0>> Acesso em 29. Setembro de 2020.

[19] STF.MS.Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2909769/mandado-de-seguranca-ms-27160-df>. Acesso em 29. Setembro. 2020.

[20] Súmula vinculante número 43. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>> Acesso em 29. Setembro. 2020.

[21] AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014. Disponível em <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a7aeed74714116f3b292a982238f83d2>> Acesso em 29. Setembro. 2020.

## A IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL

**MARCELA THEODORO DOS SANTOS:**

Graduanda do curso de direito da Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA[1]

WELLINGTON GOMES MIRANDA[2]

(orientadores)

**RESUMO:** A pequena propriedade rural familiar possui o respaldo legal da impenhorabilidade, em se tratar de propriedade, de até quatro módulos fiscais e seja local de moradia e subsistência da família. A presente proteção visa garantir que mesmo em casos de dificuldade financeira possam ter respaldado o mínimo de qualidade de vida em sua casa, porém para que pequena propriedade rural esteja respaldada pela legislação ela deve atender a função social da propriedade sendo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, devendo a propriedade devidamente utilizada de forma racional e adequada, visando o bem-estar da família ali residente e produtora, sendo o local de moradia e subsistência da família. Necessário se faz destacar que ao analisar os julgados dos Tribunais Superiores os mesmos têm se atentado a aplicar de fato o que o que está disposto em Lei, concedendo a garantia de direitos aos que os tem.

**PALAVRAS CHAVES:** Pequena propriedade rural; Subsistência; Função Social.

**ABSTRACT:** The small family-owned rural property has the legal support of being unenforceable, in the case of ownership, of up to four fiscal modules and is a place of residence and subsistence for the family. The present protection aims to ensure that even in cases of financial difficulty they may have supported the minimum quality of life in their home, but for a small rural property to be backed by legislation, it must meet the social function of the property, as provided in article 170 of the Federal Constitution, and the property should be duly used in a rational and appropriate manner, aiming at the well-being of the family resident and producing there, being the place of residence and subsistence of the family. It is necessary to emphasize that when analyzing the judgments of the Superior Courts, they have attempted to actually apply what is provided for in Law, granting the guarantee of rights to those who have them.

**KEYWORD:** Small rural property; Subsistence; Social role

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Propriedade; 1.1 Evolução e Conceito da Propriedade na Legislação Brasileira; 1.2 Princípios do Direito Agrário Aplicáveis a Propriedade; 1.2.1 Princípio da Função Social da Propriedade; 1.2.2 Princípio do Progresso Socioeconômico; 2. Pequena Propriedade Rural e Sua Proteção; 2.1 Pequena Propriedade Rural e o Bem de Família; 2.2 Garantia da Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural; 2.3 Do direito Corretamente Aplicado; Considerações Finais.

## **INTRODUÇÃO**

De início, importante destacar que a pequena propriedade rural tem função primordial para a sobrevivência das famílias que tiram seu sustento da agricultura e, ainda, muitas delas abastecem o mercado interno do país, o que beneficia outras famílias. O objetivo buscado no presente trabalho é demonstrar de forma clara e de fácil compreensão aos leitores, o porquê da outorga aos pequenos produtores rurais a impenhorabilidade de sua pequena propriedade rural, desde que atendidos dois requisitos estabelecidos pela lei, construção doutrinária e precedente dos Tribunais Superiores.

Dentre as garantias constitucionais que resguarda a impenhorabilidade da pequena propriedade rural e a mais valiosa de todos, é o princípio da dignidade da pessoa humana, que tem como escopo garantir as condições mínimas de sobrevivência para o ser humano, dentre elas: alimentação, saúde, educação e moradia. A pequena propriedade rural, para que receba o amparo legal de impenhorabilidade, deve estar atrelada a dois requisitos basilares, que são: “a definição de pequena propriedade rural” e “desde que trabalhada pela família”, pois visa dar subsídios para que as famílias do campo permaneçam em atividade produtiva de subsistência.

A impenhorabilidade da pequena propriedade rural é garantia constitucional pouco conhecida pelos produtores rurais que laboram juntamente com a família como meio de sobrevivência, sendo que a maioria não possui conhecimento sobre seus direitos e acabam entregando suas propriedades para as grandes empresas ou bancos.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 introduziu no seu texto o artigo 5º inciso XXVI a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, definida em lei, trabalhada pela família a sua impenhorabilidade como direitos e garantias fundamentais. Tais direitos e garantias fundamentais visam dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana daqueles que laboram no campo para obter subsistência própria e de sua família e de manter o patrimônio mínimo. Para fins de aplicação da impenhorabilidade da pequena propriedade rural é necessário

destacar que a lei impõe outro requisito que é a limitação de até 4 (quatro) módulos rurais de cada região, independentemente se forem áreas contínuas.

## 1 DA PROPRIEDADE

Para melhor e de fato compreender quais são as garantias e direitos que a propriedade possui, é necessária uma análise geral, principalmente, tendo em vista as várias transformações sofridas ao longo do tempo e evolução da legislação.

Antes de adentrar em qualquer tema abordado em pesquisas, é de suma importância conhecer a origem histórica, principalmente quando toda a construção legal e doutrinária tem como princípios basilares os direitos e garantias individuais, atrelados ao contexto social da época.

No Brasil, o direito a propriedade passou a ter amparo legal na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXIII, previsto como direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Mais adiante, o texto constitucional cuidou de dar obrigações a esse direito, passando a regulamentar a destinação da propriedade rural como política agrícola e fundiária e reforma agrária, conforme rezam os artigos 184 a 191.

A origem mais remota sobre a propriedade, como registram doutos doutrinadores, segundo (MARQUES, 2015 p.36) foi o filósofo grego Aristóteles, que assim entendia:

[...] que aos bens se devia dar uma destinação social, para o que, a seu pensar, seria necessária a apropriação pessoal. Esta justificaria aquela, vale dizer, o homem tinha o direito de possuir bens e deles retirar a sua própria manutenção, mas também deveria satisfazer os outros

Tal posicionamento do filósofo somente ganhou força com a valorosa pregação da Igreja Católica, tendo como propulsor Santo Tomás de Aquino, com a sua "Summa Theológica", que passou então a disseminar o sentido de bem como. "Para ele, o homem tinha o direito natural de adquirir bens materiais, até para manter a própria sobrevivência. Mas não podia abstrair o dever do "bem comum". (MARQUES, 2015, p.37)

A partir disso, o estudioso e professor francês Duguit, calcado nos posicionamentos positivista de Comte, despiu o caráter subjetivista sobre o direito de propriedade, passando a conceitua-la como uma função social, em si. Em continuidade ao contexto histórico, leciona o doutrinador Benedito Ferreira Marques (2015, p.36):

Para o grande jurista francês, que era Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Bordéus, na França, a propriedade não era um direito subjetivo, mas a subordinação da utilidade de um bem a um determinado fim, conforme do direito objetivo. O grande impulso da doutrina da função social, portanto, deveu-se a Duguit, a partir de vigorosa palestra que proferiu, em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, na Argentina.

Com a evolução da sociedade europeia, a propriedade ganhou caráter absoluto no Código de Napoleão, que entrou em vigor em 21 de março de 1804, o qual influenciou inclusive o antigo Código Civil de nosso país. Atualmente, pelo Código Civil Brasileiro, o art. 1228[3] e seus parágrafos, definem os direitos do proprietário sobre o imóvel, bem como o exercício do direito de propriedade previamente estabelecidas.

Podemos conceituar a propriedade, valendo-nos do art. 1.228 do CC, como um direito complexo decorrente de uma garantia fundamental do homem, assegurando ao seu titular o poder de usar, fruir e dispor da coisa, podendo, ainda, reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou tenha, em consonância e nos limites da função econômica e social. (KUMPEL, 2008, p. 79)

No Brasil, a concepção de função social da propriedade não é recente, vindo desde a época das Sesmarias, no período colonial, que já se preocupavam com o cumprimento da função social, na qual inseria cultivar a terra e dar-lhe sentido de proveito econômico para a família e para a sociedade. Em 1964, pelo Estatuto da Terra, o acesso à propriedade da terra foi condicionado a sua função social, na forma prevista no art. 2º, simultaneamente.

Doutrinariamente, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues Pereira (apud MARQUES, 2015, p.41) pontua os requisitos necessários para a configuração da função social da terra, sendo eles: "(a) econômica; (b) social; e (c) ecológica. A primeira refere-se ao requisito da "produtividade", ou seja, aproveitamento racional e adequado, já analisado. É o único que a Lei nº 8.629/93 exige para a identificação da "Propriedade Produtiva" (art. 6º). A segunda abraça, a um só tempo, dois requisitos: a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e o favorecimento do bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores rurais. A terceira cuida dos requisitos relativos à utilização dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente".

### **1.1 Evolução e Conceito da Propriedade na Legislação Brasileira**



A partir do descobrimento do Brasil até o primeiro Código Civil Brasileiro, que se deu em 1916, as leis que vigoravam no país eram as ordenações do reino, por isso diversos costumes de Portugal foram incorporados na colônia e adaptados à realidade da mesma.

A primeira constituição brasileira em que expressamente legislava sobre a propriedade foi a 1824, que instituiu a plenitude da inviolabilidade da propriedade, com exceção quando da necessidade do Ente Público, mediante prévia indenização.

A presente Constituição garantiu como um todo a plenitude do direito à propriedade, nos mesmos moldes da Declaração dos Direitos do Homem em 1789 e do Código de Napoleão (CAVEDON, 2003)

Já na Constituição de 1891 em seu artigo 72 garantiu o direito à propriedade com traços do individualismo:

**Art 72** - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

O legislador visou garantir que a plenitude do direito à propriedade e utilização por parte do seu proprietário, deixando espaço para intervenção do Ente Público, caso necessário.

Com a promulgação da Constituição de 1934 surgiu e reconheceu o direito individual da propriedade, mas ao mesmo tempo exigiu que o direito coletivo sobreponha ao direito individual. Já a Constituição Federal de 1937 não teve nenhuma alteração do direito à propriedade no ponto de vista social (CHEMERIS, 2003, p. 59).

Em caminho contrário a Constituição de 1937, a de 1946 em seu artigo 147 estabeleceu que:

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos (BRASIL, 1937).

A maior inovação da presente Constituição foi de estabelecer a desapropriação para atender ao interesse social, e garantir a justa distribuição e igual oportunidade ao acesso a propriedade.

Já a Constituição de 1967 promulgada no regime militar, elevou a função social da mesma, mas como incentivo para que o proprietário a utilizasse de forma mais proveitosa possível para ele e para a sociedade (WALD, p. 104)

Por fim a Constituição de 1988 preconiza o direito à propriedade, garantindo expressamente que a função social deve ser exercida fielmente, principalmente no exposto dos artigos 5º e 170º

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

A partir de então a propriedade está amparada como direito fundamental, desde que a mesma cumpra a sua função social, por essa razão de ser de tutela e garantia da propriedade privada.

Segundo FIUZA, FREIRE DE SÁ, NAVES (2009, p.455) "a ordem constitucional jurídica reconheceu o exercício da propriedade no interesse do titular e também no interesse coletivo da sociedade, afastando-se da visão individualista e patrimonialista".

Faz-se interessante notar que a Constituição reservou à função social da propriedade a natureza de princípio próprio e autônomo, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico, completa CHERMERIS:

No sistema jurídico contemporâneo, a propriedade resta positivada entre os direitos e garantias do cidadão, enquanto princípio jurídico de garantia de propriedade privada, e se relativiza diretamente por outro princípio jurídico, igualmente positivado, que é o da sua função social (2003, p. 61).

Como se vê, ainda que de forma singela à época, o direito à propriedade sempre esteve atrelado a desempenhar sua função social para a sobrevivência do ser humano, contudo, veio ganhando total relevância na sociedade civil após a promulgação da Constituição Federal da República de 1988.

## **1.2 Princípios do Direito Agrário Aplicáveis a Propriedade**

### **1.2.1 Princípio da Função Social da Propriedade**

O primeiro princípio a ser destacado é o princípio da função social da propriedade, constante na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXIII e também no art. 186) assegura o direito à propriedade desde que a propriedade cumpra a sua função social.

Ressalta-se que em um primeiro momento da história as terras não eram propriedade individual, segunda explana Carvalho, Fidelis e Maciel (2018), mas sim para sua exploração e produção, a ideia de usar e gozar da propriedade em desfavor do interesse social é considerado recente na história, de certa forma uma base para o capitalismo, explicado por Dávila:

Assim, serviu o desenvolvimento do princípio da função social da propriedade a dois propósitos distintos e aparentemente contraditórios, quais sejam, criticar o caráter absolutista da propriedade, e reafirmá-la enquanto direito, tornando possível a sua sustentação num mundo que em os bens, ainda que privados, devem apresentar alguma utilidade social (apud *apud* Carvalho, Fideles e Maciel (2018, p. 40)

Vale destacar o que já foi mencionado anteriormente as Constituições brasileiras já asseguravam o direito de propriedade, mas em sua plenitude, apenas na Constituição de 1934 que esse direito passou a ter a necessidade de ter o exercício do interesse social e coletivo.

Porém de fato, segundo Carvalho, Fideles e Maciel:

Foi, contudo, **com o Estatuto de Terra (Lei nº 4.504/64) que o princípio da função social da propriedade foi efetivamente instituído na legislação brasileira, nos termos do seu art. 2º**. Assegurou o Estatuto a oportunidade a todos de acesso à propriedade da terra, que seria condicionada pela sua função social, **cujo desempenho se daria quando a propriedade simultaneamente:** **a)** favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; **b)** manter níveis satisfatórios de produtividade; **c)** assegurar a conservação dos recursos naturais; e **d)** observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem e a cultivam (2018, p. 41, grifo do autor).

Em determinadas situações tem sido confundido o direito a função social com a defesa do meio ambiente, considerando o aspecto público da terra, porém as duas são cumulativas e não apenas atender a função social em razão da defesa ao meio ambiente nela contido.

Quando o proprietário não utilizado que não promova o seu adequado aproveitamento, segundo o artigo 186º da Constituição Federal de 1988 estará sob pena de aplicação de três sanções:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

Como é possível observar o Legislador primou para o cumprimento da função social da propriedade, tornando esse um direito fundamental.

A função social da propriedade rural tem o caráter econômico e ambiental do uso da terra, primando para o bem-estar social, segundo o artigo 2º, §1º do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64) e o artigo acima citado da Constituição Federal.

Portanto, a existência de um sujeito detentor de direitos também passa a ser detentor de deveres, assim não existe a possibilidade de considerar o princípio da função social da propriedade e não considerar a propriedade privada, como sendo detentora de direitos e deveres.

Não é possível deixar de reconhecer que a função social da propriedade é um princípio basilar no que tange a esse tema, pois garante que os seus proprietários de fato exerçam os seus direitos sem se afastar do cumprimento de seus deveres.

### **1.2.2 Princípio do Progresso Socioeconômico**

O objetivo primordial do direito agrário é o crescimento e progresso econômico em si, o crescimento das produções e vendas do que produz, objetivando o enriquecimento da comunidade rural.

Conforme Carvalho, Fideles e Maciel expõe que “que a finalidade da política de reforma agrária é promover a melhor distribuição de terra, de modo a atender aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade (2018, p. 45).”

É possível atentar que o direito agrário em si visa o crescimento econômico e distribuição de oportunidade a todos os que tem esse intuito.

### 1.2.3 Princípio da Proteção à propriedade ou posse rural familiar

O presente princípio tem por intuito garantir a proteção do proprietário que cultive na terra, esse princípio está presente no parágrafo 3º do artigo 2º do Estatuto da Terra, que diz:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

[...]

§ 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho. (BRASIL, 1964).

Além do acima citado está presente na Constituição Federal de 1988, que garante ao proprietário que trabalha na terra e possui sua subsistência por meio dela não terá sua propriedade como objeto de penhora para quitação de débitos, mas que a Lei deverá dispor meios para pagamentos dos débitos, como financiamentos especiais, dentre outras condições (Carvalho, Fideles e Maciel, 2018).

## 2 Pequena Propriedade Rural e Sua Proteção

Aprofundando um pouco mais sobre o tema proposto, se faz necessário consignar a definição de pequena propriedade rural na legislação brasileira e seu conceito doutrinário.

Em 1964, com a promulgação do então Estatuto da Terra, preocupou-se em definir o que é imóvel rural, o que prescreve o art. 4º - Para os efeitos desta lei, definem-se: I – Imóvel rural, o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine a exploração extrativa agrícola, pecuária ou agroindustrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através da iniciativa privada.

O Estatuto da Terra previu também a classificação do imóvel rural como: propriedade familiar, minifúndio, latifúndio e empresa rural, os quais estão descritos nos incisos II, IV, V e VI. Vejamos:

Art. 4º.

[...]

II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

[...]

IV - "Minifúndio", o imóvel rural de área e possibilidades inferiores às da propriedade familiar;

V - "Latifúndio", o imóvel rural que:

a) exceda a dimensão máxima fixada na forma do artigo 46, § 1º, alínea b, desta Lei, tendo-se em vista as condições ecológicas, sistemas agrícolas regionais e o fim a que se destine;

b) não excedendo o limite referido na alínea anterior, e tendo área igual ou superior à dimensão do módulo de propriedade rural, seja mantido inexplorado em relação às possibilidades físicas, econômicas e sociais do meio, com fins especulativos, ou seja, deficiente ou inadequadamente explorado, de modo a vedar-lhe a inclusão no conceito de empresa rural;

VI - "Empresa Rural" é o empreendimento de pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que explore econômica e racionalmente imóvel rural, dentro de condição de rendimento econômico ...Vetado... da região em que se situe e que explore área mínima agricultável do imóvel segundo padrões fixados, pública e previamente, pelo Poder Executivo. Para esse fim, equiparam-se às áreas cultivadas, as pastagens, as matas naturais e artificiais e as áreas ocupadas com benfeitorias; (BRASIL, Estatuto da Terra, 1964)

Embora o artigo 4º tenha se encarregado de estabelecer o que é propriedade familiar em seu inciso II, não definiu o que seria módulo rural, apenas se resumindo a conceituar da seguinte forma: III – Módulo Rural, a área fixada nos termos do inciso

anterior. Logo, remete-se ao inciso II, no qual menciona a sobrevivência, o progresso social e econômico, com área máxima definida para tipo de exploração e região.

No intuito de regulamentar o inciso III do art. 4º, do Estatuto da Terra, editou-se o Decreto 55.891, de 31 de março de 1965, que estabelece a finalidade do módulo rural, sem, contudo, fixar-lhe a unidade de medida exata em termos de extensão territorial. Vejamos:

Art. 11. O módulo rural, definido no inciso III do art. 4o, do Estatuto da Terra, tem como finalidade primordial estabelecer uma unidade de medida que exprima a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico (BRASIL, Decreto nº 55.891, Estatuto da Terra, 1965).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram introduzidas outras 03 (três) categorias no ordenamento jurídico, que são elas: pequena propriedade, média propriedade e propriedade produtiva, que posteriormente, foram regulamentadas pela Lei 8.629 de 1993.

A Lei regente nº 8.629 promulgada em 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal, ao definir a pequena propriedade rural, limitou-a entre 01(um) a 04 (quatro) módulos fiscais.

Considerando que a referida Lei já estava ultrapassada, pois decorridos aproximadamente 14 (quatorze) anos, houve a necessidade de alterar alguns dispositivos da Lei 8.629/93, assim como, várias outras normas jurídicas infraconstitucionais.

Para isso foi promulgada a Lei nº 13.465 de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana entre outras medidas importantes para instituir mecanismos mais céleres e eficientes para alavancar e subsidiar a agricultura brasileira, em especial as pequenas propriedades rurais que destinam suas terras ao grupo familiar como meio de sobrevivência socioeconômica.

Assim, o art. 4º, inciso II, "a", ganhou nova roupagem na definição de pequena propriedade rural, passando a limitá-la em até 04 (quatro) módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento.[4]



Importante destacar que, o Estatuto da Terra de 1964, utiliza-se da definição “módulo rural”, ao passo que, a Lei regulamentadora nomina de “módulo fiscal”, o que não se pode confundir.

Segundo o magistério de LARANJEIRA, (1984, p.36) tem-se:

O módulo é uma medida de área, diretamente afeita à eficácia desta, no meio rurígena. A sua finalidade precípua está em evitar a existência de glebas cujo tamanho, em regra, não se ache suscetível de render o suficiente para o progresso econômico-social do agricultor brasileiro.

Embora similitude entre as duas definições estabelecidas pelas Leis vigentes, é de fundamental importância entender a diferença entre módulo rural e módulo fiscal, pois é ela que confere a proteção constitucional de impenhorabilidade da pequena propriedade rural.

Tem-se por módulo rural a menor parcela de fracionamento do solo rural, levando-se em consideração critérios objetivos que permitiriam ao trabalhador dali extrair o seu sustento e de sua família, levando em consideração a produtividade e os custos de produção de cada região do país.

Por sua vez o módulo fiscal veio definido sua aferição através do Decreto nº 84685, de 06.05.1980, em seu artigo 4º, com observância dos seguintes requisitos:

Art. 4º - O módulo fiscal de cada Município, expresso em hectares, será fixado pelo INCRA, através de Instrução Especial, levando-se em conta os seguintes fatores:

a) o tipo de exploração predominante no Município:

I - hortifrutigranjeira;

II - cultura permanente;

III - cultura temporária;

IV - pecuária;

V - florestal;

b) a renda obtida no tipo de exploração predominante;

c) outras explorações existentes no Município que, embora não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada;

d) o conceito de "propriedade familiar" constante do art. 4º, item II, da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º - Na determinação do módulo fiscal de cada Município, o INCRA aplicará metodologia, aprovada pelo Ministro da Agricultura, que considere os fatores estabelecidos neste artigo, utilizando-se dos dados constantes do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

§ 2º - O módulo fiscal fixado na forma deste artigo, será revisto sempre que ocorrerem mudanças na estrutura produtiva, utilizando-se os dados atualizados do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

Art. 5º - O número de módulos fiscais de cada imóvel rural será obtido dividindo-se sua área aproveitável total pelo módulo fiscal do Município.

Parágrafo único - No caso de imóvel rural situado em mais de um Município, o número de módulos fiscais será calculado com base no módulo fiscal estabelecido para o Município onde estiver cadastrado o imóvel, segundo critérios baseados para o cadastramento (BRASIL, Decreto nº 84.685, 1980).

Nota-se que ambas as leis deixaram a cargo do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) estabelecer a quantidade de área rural expressa em hectares, seja para fins socioeconômicos quanto para fins tributários, no caso, a incidência do ITR. A distinção é relevante entre módulo rural e módulo fiscal em razão da extensão de área rural para cada uma delas.

Entretanto, o objetivo único do estudo proposto é o enquadramento em módulo rural, para fins de auferir se a propriedade rural se trata de pequena propriedade rural e sua destinação atende a função social daqueles que laboram no campo juntamente com os demais integrantes do grupo familiar.

## **2.1. Pequena Propriedade Rural e o Bem de Família**

Concomitantemente com o a pequena propriedade rural impenhorável está o bem de família, que diga-se de passagem pode ser definido como o local de proteção e residência de uma família, conforme explica Azevedo:

O bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade (2002, p. 93).

O bem de família nada mais é do que o local acolhedor da família, local que é o domicílio, podendo ser urbano ou rural, mas ambos totalmente protegidos pelo Estado.

O artigo 1º da Lei nº 8.009/90 estabelece que:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais e filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único: A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. (BRAISL, 1990).

A presente lei visou garantir a proteção do imóvel familiar como um todo, compreendendo também as propriedades rurais familiares, visando garantir que mesmo em casos de dificuldade financeira possam ter respaldado o mínimo de qualidade de vida em sua casa.

O direito à moradia é um direito social e fundamental resguardado pela Constituição Federal e pela Lei de Impenhorabilidade, elucidado por MORAES:

Os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado social de direito, tendo como finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura em dos fundamentos de nosso Estado democrático (2012, p. 09)

O direito à moradia resguarda a integridade familiar, de certa forma também ao direito à vida, a inviolabilidade do domicílio, intimidade, honra, vários outros direitos e garantias protegidos pela legislação.

## **2.2. Garantia da Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural**

Fato é que a pequena propriedade rural, em que uma família trabalha e reside, possui proteção especial pela legislação brasileira, com a finalidade de resguardar, pelo menos o direito à moradia e a subsistência de uma família.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, XXVI, garante expressamente:

Art. 5º [...] a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (BRASIL, 1988).

O pagamento dos débitos de uma propriedade rural familiar vem originar da produção que nela realizam, caso seja objeto de penhora, não existe a possibilidade dos membros da família arrumarem formas para seu crescimento e elevação financeira.

Ao que tange o disposto no Estatuto de Terras em seu artigo 4º, II, estabelece o seguinte:

No inc.II, consta: “Propriedade família”, o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros. (RIZZARDO,2015, p.601)

Observa-se que a proteção da propriedade rural familiar visa garantir o reestabelecimento da família, como forma de não haver empecilhos para que esse desenvolvimento ocorra.

O Código de Processo Civil em seu artigo 833 é expresso na proteção da penhorabilidade da pequena propriedade rural:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família (BRASIL, 2015);

A condição imposta pela Lei para visar a proteção da penhorabilidade está em que a mesma seja trabalhada pela família, ou seja, atenda a sua função social, conforme explica do doutrinador:

A proteção da pequena propriedade rural depende da condição de estar sendo trabalhada pela família. Não há a impenhorabilidade se alugada a propriedade, ou se não utilizada para a produção rural. Na eventualidade de incluída com outros imóveis no cultivo se limita ao equivalente da pequena propriedade, admitindo-se a penhora no restante do patrimônio (RIZZARDO, 2015, p. 603).

Assim sendo para que a pequena propriedade rural esteja respaldada pela legislação ela deve atender a função social da propriedade sendo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, devendo a propriedade devidamente utilizada de forma racional e adequada, visando o bem-estar da família ali residente e produtora.

A Lei ° 8.009/90, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, no §4° do artigo 2° estabelece que:

Art. 4° Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 2° Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5°, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural. (BRASIL, 1990).

Assim sendo elucidado a proteção da residência familiar se dá a todos os bens que possuem na sede de moradia, bem como a área delimita como pequena propriedade rural, ou seja, até quatro módulos fiscais.

### **2.3. Do direito Corretamente Aplicado**

Anteriormente foi destacado os requisitos legais para não haver a penhora de uma pequena propriedade rural familiar, quando, de fato uma família possui uma propriedade de até quatro módulos fiscais e a sua subsistência é proveniente da produção daquela propriedade, o proprietário e sua família possui a garantia de não haver penhora para quitação de débitos.

Mas quando a propriedade não se enquadra nos parâmetros, será bem analisado pelo julgador e aplicado o que é de fato necessário, como no entendimento do Tribuna de Justiça de Minas Gerais, não concedeu a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, em razão da mesma não atender aos requisitos dispostos em Lei, conforme segue:

No caso em tela, não há nos autos qualquer prova no sentido de que o imóvel penhorado seja utilizado pelo apelado e por sua família como moradia, que seja ele pequeno produtor rural, tirando de referido imóvel sua sobrevivência, trabalhando em referida propriedade com esse fim.

O que os autos estão a demonstrar é exatamente o contrário. O apelado foi citado e intimado em Santa Luzia, na Av. Brasília, nº 3400 (fls. 53-v e 99-apenso), sendo que o bem objeto de constrição judicial se encontra no município de Resende Costa (fls. 83-apenso). Não comprovou ele que resida no imóvel em questão juntamente com sua família, não havendo nos autos qualquer indício neste sentido.

Na certidão cartorária de fls. 74 (apenso), o apelado é qualificado como administrador de empresas, o mesmo constando da petição inicial dos presentes embargos do devedor.

Na reportagem de fls. 34, o apelado é chamado de 'empreendedor' e 'empresário', atuando no ramo de piscinas.

Ou seja, o que os autos demonstram é que o apelado não se trata de pequeno produtor rural e nem reside no imóvel rural objeto de penhora, muito menos tira dele sua subsistência e de sua família sendo, na verdade, administrador de empresas (conforme ele próprio constou na peça de ingresso da presente ação de embargos do devedor).

Não tendo o apelado comprovado os requisitos para que se considere o imóvel em questão impenhorável, não se pode acolher a afirmação neste sentido, merecendo reforma a sentença que considerou insubsistente a penhora.

Logo não se há de falar em impenhorabilidade com base no art. 649, inciso X do CPC" (fls. 77/78).

No caso em tela o julgador se baseou na legislação processual e requisitos constantes nela e também em todo conjunto comprobatório, ou seja, não é por sem uma pequena propriedade rural que já se tenha a garantia da impenhorabilidade, mas sim desde que seja produtiva, seja familiar e sua residência.

Nessa seara o Superior Tribunal de Justiça entende como:

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, DEFINIDA EM LEI E TRABALHADA PELA ENTIDADE FAMILIAR, COM ESCOPO DE GARANTIR A SUA SUBSISTÊNCIA. REJEIÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O EXECUTADO NÃO RESIDE NO IMÓVEL E DE QUE O DÉBITO NÃO SE RELACIONA À ATIVIDADE PRODUTIVA. IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE DE SE AFERIR, TÃO SOMENTE, SE O BEM INDICADO À CONSTRUIÇÃO JUDICIAL CONSTITUI PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, NOS TERMOS DA LEI DE REGÊNCIA, E SE A ENTIDADE FAMILIAR ALI DESENVOLVE ATIVIDADE AGRÍCOLA PARA O SEU SUSTENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tomando-se por base o fundamento que orienta a impenhorabilidade da pequena propriedade rural (assegurar o acesso aos meios geradores de renda mínima à subsistência do agricultor e de sua família), não se afigura exigível, segundo o regramento pertinente, que o débito exequendo seja oriundo do atividade produtiva, tampouco que o imóvel sirva de moradia ao executado e de sua família. 2. Considerada a relevância da pequena propriedade rural trabalhada pela entidade familiar, a propiciar a sua subsistência, bem como promover o almejado atendimento à função sócioeconômica, afigurou-se indispensável conferir-lhe ampla proteção. 2.1 O art. 649, VIII, do CPC/1973 (com redação similar, o art. 833, CPC/2015), ao simplesmente reconhecer a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, sem especificar a natureza da dívida, acabou

por explicitar a exata extensão do comando constitucional em comento, interpretado segundo o princípio hermenêutico da máxima efetividade. 2.2 Se o dispositivo constitucional não admite que se efetive a penhora da pequena propriedade rural para assegurar o pagamento de dívida oriunda da atividade agrícola, ainda que dada em garantia hipotecária (ut REsp 1.368.404/SP, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 23/11/2015), com mais razão há que reconhecer a impossibilidade de débitos de outra natureza viabilizar a constrição judicial de bem do qual é extraída a subsistência do agricultor e de sua família. 3. O fundamento que orienta a impenhorabilidade do bem de família (rural) não se confunde com aquele que norteia a da pequena propriedade rural, ainda que ambos sejam corolários do princípio maior da dignidade da pessoa humana, sob a vertente da garantia do patrimônio mínimo. O primeiro, destina-se a garantir o direito fundamental à moradia; o segundo, visa assegurar o direito, também fundamental, de acesso aos meios geradores de renda, no caso, o imóvel rural, de onde a família do trabalhador rural, por meio do labor agrícola, obtém seu sustento. 3.1 As normas constitucional e infralegal já citadas estabelecem como requisitos únicos para obstar a constrição judicial sobre a pequena propriedade rural: i) que a dimensão da área seja qualificada como pequena, nos termos da lei de regência; e ii) que a propriedade seja trabalhada pelo agricultor e sua família. Assim, para o reconhecimento da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, não se exige que o imóvel seja a moradia do executado, impõe-se, sim, que o bem seja o meio de sustento do executado e de sua família, que ali desenvolverá a atividade agrícola. 3.2 O tratamento legal dispensado à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, objeto da presente controvérsia, afigura-se totalmente harmônico com aquele conferido à impenhorabilidade do bem de família (rural). O art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.008/1990, que disciplina a impenhorabilidade do bem de família, põe a salvo de eventual constrição judicial a sede da moradia, e, em se tratando de pequena propriedade rural, a área a ela referente. 4. Recurso especial provido.



Não existe controvérsia no entendimento da proteção da impenhorabilidade da pequena propriedade rural familiar, desde que de fato seja uma, conforme decisão acima, o julgador visa sempre garantir a aplicação da Lei de fato e a subsistência da família produtora rural.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho teve por objetivo primordial evidenciar que a pequena propriedade rural familiar, atendendo aos requisitos legais e a sua função social é impenhorável, tanto quanto qualquer outro bem de família, que deve ser resguardado contra qualquer instabilidade econômica que porventura possa acontecer.

Essa garantia que a legislação concede a garantia de diminuição dos impactos econômicos que a população como um todo sofre nos dias atuais, a sociedade agrária brasileira, tem uma contribuição muito grande para a economia e alimentação da população brasileira.

Mas os conflitos que o campo sofre são incalculáveis, problemas com o clima, pragas, dentre outros que podem prejudicar o cultivo e conseqüentemente diminuição das entradas financeiras da unidade familiar, além das políticas públicas que resguardam os pequenos produtores (o que não é objeto do presente estudo) resguardar a não penhorabilidade da propriedade rural familiar é uma segurança a mais e é imprescindível para retorno dos seus rendimentos e pagamento de suas dívidas.

Fato é que a pequena propriedade rural, em que uma família trabalha e reside, possui proteção especial pela legislação brasileira, com a finalidade de resguardar, pelo menos o direito à moradia e a subsistência de uma família.

O pagamento dos débitos de uma propriedade rural familiar vem origina da produção que nela realizam, caso seja objeto de penhora, não existe a possibilidade dos membros da família arrumarem formas para seu crescimento e elevação financeira.

Assim sendo para que que a pequena propriedade rural esteja respaldada pela legislação ela deve atender a função social da propriedade sendo o disposto no artigo 170 da Constituição Federal, deve a propriedade devidamente utilizada de forma racional e adequada, visando o bem-estar da família ali residente e produtora.

Portanto ao estabelecer que a pequena propriedade rural não poderá ser objeto de penhora, ou seja, tomada como pagamento de dívida, a Constituição

Federal oferece amparo à agricultura familiar e reconhece a importância do vínculo entre o produtor e a terra.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Margarida de. **Como preparar trabalhos para cursos de pós-graduação: ações práticas**. 7 ed. São Paulo, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 15/05/2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em 15/05/2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acessado em 15/05/2020.

BRASIL. DECRETO Nº 55.891, DE 31 DE MARÇO DE 1965. **Regulamenta o Capítulo I do Título I e a Seção III do Capítulo IV do Título II da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 – Estatuto da Terra**, Brasília, DF, 31 mar 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55891.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55891.htm)>. Acesso em 15/05/2020.

BRASIL. Lei n. 4.504, 30 de novembro de 1.964. **Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências**. Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acessado em 15/05/2020.

BRASIL. Lei n. 8.629, 25 de fevereiro de 1.993. **Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal**. Brasília, DF, 25 fev. 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm)>. Acessado em 15/05/2020.

BRASIL. Lei n. 13.465, 11 de julho de 2.017. 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 procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n<sup>os</sup> 8.629, de 25 de fevereiro de 1993\_13.001, de 20 de junho de 2014 \_11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011 \_10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n<sup>o</sup> 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n<sup>o</sup> 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n<sup>o</sup> 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n<sup>o</sup> 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, DF, 11 jul. 1993. 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)>. Acessado em 15/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.591.298-RJ (2015/0312227-1)**. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Sessão de julgamento: 07/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/522721308/recurso-especial-resp-1591298-rj-2015-0312227-1/inteiro-teor-522721327>> Acesso em 15/05/2020.

CANAN, Ricardo. **Impenhorabilidade Da Pequena Propriedade Rural**. Revista dos Tribunais. Vol. 221, p. 117, 2013.

CARVALHO, Josue T; FIDELIS, Junior D.; MACIEL, Marcela Al. **Direito Agrário**. 2. Ed. Revista Atualizada e Ampliada, São Paulo: Juspodivim, 2018.

CAVEDON, Fernanda Salles, Função social e ambiental da propriedade. Momento Atual, Florianópolis, 2003.

CHEMERIS, Ivan, A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras. São Leopoldo: Unisino, 2003.

FIUZA C.; FREIRE DE SÁ, M. F.; NAVES, B. T. O. **Direito Civil: Atualidades III – princípios jurídicos do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

HAMMES, Elia Denise; DEPONTI, Cidonea Machado. **Aspectos da Impenhorabilidade da Pequena Propriedade Rural e o Desenvolvimento Rural: Garantia Constitucional**

da Agricultura Familiar. **Desenvolvimento em Questão**. Ijuí: Unijuí. ano 15, n. 39, p. 253, 2017.

KUMPEL. Vitor Frederico.; BONFIM. Edilson Mougnot. (Org.) **Direito Civil: Direito das Coisas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LARANJEIRAS. Raymundo. **Direito Agrário**. São Paulo: LTr, 1984.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIOVESAN. Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 4. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIZZAARDO, Arnaldo. **Curso de Direito Agrário**. 3ª Ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo: ABDR, 2015.

SILVEIRA. Vladmir Oliveira da.; CAMPELLO. Lívia Gaigher Bósio. **Estudos e Debates em Direitos Humanos**. 1 ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

TELLES, Renato. A efetividade da “matriz de amarração” de Mazzon nas pesquisas em Administração. **Revista de Administração**, São Paulo, v. 36, n. 4, p. 64-72, outubro/dezembro 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, [http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-23\\_09-33\\_Impenhorabilidade-de-pequeno-imovel-rural-nao-exige-que-divida-venha-da-agricultura-ou-que-dono-resida-no-local.aspx](http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-23_09-33_Impenhorabilidade-de-pequeno-imovel-rural-nao-exige-que-divida-venha-da-agricultura-ou-que-dono-resida-no-local.aspx), disponível em 15 de jul. 2020.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**, 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NOTAS:

[1] Doutora e Mestre em Educação (UFBA). Professora da UniCatólica. Membro do Programa de Pós-graduação em Ensino de Ciências e Saúde, da Universidade Federal do Tocantins-Brasil. E-mail: valdirene.silva@catolica-to.edu.br

[2] Professor da Unicatólica do Tocantins, Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto

Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito

[3] Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

[4] Art. 4º Para os efeitos desta lei, conceituam-se: ... II - Pequena Propriedade - o imóvel rural: a) de área até quatro módulos fiscais, respeitada a fração mínima de parcelamento (Redação dará pela Lei nº 13.465, de 2017)

## **A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA POR MEIO DA JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE FRENTE À RESERVA DO POSSÍVEL.**

**KEVIN TAVARES ALVES:** Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ilhéus

Florisvaldo Cavalcante de Almeida [1]

(Orientador)

**RESUMO:** A dignidade da pessoa humana ao ser expressa na Constituição Federal de 1988, traz garantias ao ser humano, assegurando em seu texto normativo o direito à saúde. Desta forma, por conta desta dignidade inerente ao ser humano, que diversos institutos têm sido criados e aperfeiçoados, em prol do bem estar da coletividade. Por isso, o presente artigo científico, tem por finalidade demonstrar a relevância da temática, sendo irrefutável a sua importância para a sociedade. Nas linhas que se seguem serão destacados os elementos plausíveis para a efetivação do direito a saúde, sendo demonstrado desde os elementos principiológicos até a norma impositiva na carta constitucional e em seus dispositivos infralegais. Nessa perspectiva, é importante ressaltar a judicialização do acesso à saúde, com a observância pela preservação dos núcleos essenciais de proteção do indivíduo. O presente trabalho adotará o método dedutivo, uma vez que será desenvolvido mediante revisão de literatura, é com base nisso, que iremos direcionar a atenção das pesquisas, atentando-se aos dispositivos legais, a jurisprudência e doutrina moderna. Por isso, a atuação criteriosa do poder judiciário, vem promovendo grande relevância social, pois ao analisar os efeitos dessas intervenções, em situações inadiáveis, percebemos de fato a efetivação do direito ao acesso universal e igualitário a saúde, pondo um fim ainda que tardio na omissão estatal.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Constituição. Judicialização. Saúde.

**ABSTRACT:** The dignity of the human person when expressed in the Federal Constitution of 1988, brings guarantees to the human being, ensuring in its normative text the right to health. In this way, because of this inherent dignity to the human being, that several institutes have been created and perfected, for the benefit of the community. For this reason, the purpose of this scientific article is to demonstrate the relevance of the theme, its importance for society being irrefutable. In the lines that follow, plausible elements for the realization of the right to health will be highlighted, being demonstrated from the principle elements to the imposing norm in the constitutional charter and in its infra-legal provisions. In this perspective, it is important to highlight the judicialization of access to health care with the observance for the preservation of the essential nuclei of protection of the individual.

The present work will adopt the deductive method, since it will be developed through literature review, it is based on this, that we will direct the attention of the researches, paying attention to the legal provisions, the jurisprudence and modern doctrine. Therefore, the judicious performance of the judiciary has been promoting great social relevance, because when analyzing the effects of these interventions, in urgent situations, we realize in fact the realization of the right to universal and equal access to health, putting an end even though late in the process. state omission.

**Keywords:** Dignity of the human person. Constitution. Judicialization. Health.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O que são direitos fundamentais; 2.1 Da teoria dos direitos fundamentais; 2.2 Dos direitos civis e políticos; 2.3 Dos direitos econômicos, sociais e culturais. 3. Da dignidade da pessoa humana. 4. Sobre o reconhecimento do direito à saúde no brasil; 4.1 Direito à saúde como um serviço público. 5. O acesso ao direito à saúde por meio da tutela jurisdicional; 5.1 A tutela jurisdicional; 5.2 A reserva do possível; 5.3 Sobre o mínimo existencial. 6. Considerações finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito a saúde, foi inserido na Constituição Federal de 1988, enquadrando-se como direito de segunda dimensão, está integrado no rol dos direitos sociais, inerente à qualidade da pessoa humana, importante para o desenvolvimento da nação, pois sem ele, não há que se falar sequer em uma nação digna, diante de ter condições para desenvolvimento. Tema este, de grande relevância para a sociedade, buscando à efetivação de políticas públicas por parte do Poder Público, para assegurar condições mínimas de vida para as pessoas, nestes termos, como preleciona José Afonso da Silva (2014, p. 288-289) ao destacar que os direitos sociais, constituem-se em direitos fundamentais do homem, que são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, a afim de proporcionar melhores condições de vida aos mais necessitados, buscando realizar a igualização de situações sociais desiguais. O pensamento do autor reflete o disposto no artigo 6º da Constituição Federal que prescreve:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Ademais, atualmente, apesar da existência das leis específicas direcionadas para a saúde da coletividade, observamos que a precariedade no atendimento, no

que tange ao serviço público de saúde, acaba deixando inúmeras famílias desoladas, não cumprindo com rigor algumas garantias elencadas expressamente pela Constituição Federal de 1988, por exemplo, o acesso universal e igualitário a saúde, é um direito que muitas vezes não é cumprido pelo poder público, a pretexto de não poder promover recursos suficientes para ser ofertado o serviço para todos, deixando o ser humano, sem nenhum amparo assistencial, sendo que este é um dos deveres essenciais do Estado.

A partir daí surge para o poder judiciário, através da provocação da parte interessada com a obrigação de aplicar o direito ao caso concreto, ou seja, intervir no âmbito administrativo do poder executivo, comprovando a capacidade de recursos para atender a determinadas solicitações dos necessitados, assim tornando possíveis as internações em Unidades de Terapia Intensiva, concessões de medicamentos, dentre outros serviços necessários e especializados na área da saúde, constituindo normas limitativas que reclamam prestações materiais e jurídicas do Estado (NOVELINO, 2016).

Dessa forma, a análise da temática trará os principais aspectos da judicialização do acesso à saúde, e seus fundamentos, pois como foi mencionado anteriormente, o direito subjetivo criado por esse direito, tem caráter fundamental, exigindo-se a sua validade plena. Sendo demonstrado a legitimação do poder judiciário, com a devida provocação pela parte interessada, a fim de tornar efetiva essa garantia quando o Poder Público se eximir total ou parcialmente dessa obrigação.

Como ficou demonstrado acima o poder público não tem efetivado o serviço de saúde alegando a falta de recursos. Todavia, quando provocado, o judiciário tem decidido no sentido de que o executivo deve efetivar o respectivo direito.

Considerando o princípio da reserva do possível até que ponto o poder judiciário poderia intervir obrigando ao Executivo fornecer o serviço de saúde?

Desta maneira, devemos criar a conscientização do assunto exposto dada a sua extrema relevância, como forma de viabilizar os precedentes e meios necessários para a efetivação do direito à saúde, demonstrando com idoneidade a fundamentação feita, deixando claro, a obrigatoriedade do Poder Público, em efetivar essa garantia.

## **2. O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?**

### **2.1 Da teoria dos direitos fundamentais**



Os direitos fundamentais ou as mais conhecidas dimensões dos Direitos Fundamentais, marcadas por suas três primeiras iniciais classificações que em princípio tratou dos direitos civis e políticos, objetivando a liberdade da sociedade, conseqüentemente ocasionando a abstenção do poder público, diante do particular, configurando as prestações negativas por parte do Estado, não podendo intervir na ordem social, sendo o estopim do Estado Liberal, instituindo em uma ordem democrática a igualdade formal. Acerca das liberdades negativas Alexy (2008, p. 257), destaca que se trata de uma esfera individual de liberdade, sendo este status negativo por parte do Estado, o status libertatis por parte do indivíduo, deixando claro que a abstenção estatal nesse caso é um ponto benéfico para a sociedade, respeitando os direitos dos cidadãos.

Eis que, com o passar dos anos, surgiu a segunda geração dos direitos humanos, os Direitos econômicos, sociais e culturais, com uma visão inovadora, pois nesta geração, o papel do “Estado” muda, deixa de se abster, passando a ser diretamente o principal provedor dos direitos fundamentais do ser humano, configurando assim, as prestações positivas, visando definitivamente a um Estado de bem estar social, nesta dimensão tratamos das igualdades materiais, e não apenas das igualdades formais, tratando-se de prestações sociais (PIOVESAN, 2013).

Segundo Alexy (2008, p. 264), pode-se afirmar ainda que o status positivo se caracteriza também como os meios jurídicos idôneos para a realização dos direitos que o indivíduo detém, pleiteando em face do Estado, uma vez que nesse ponto específico as necessidades essenciais do ser humano devem ser providas e promovidas pela instrumentalização do poder público.

Por conseguinte, no teor da temática, nos deparamos fatalmente com a terceira geração dos direitos humanos, qual seja: o direito de Fraternidade ou conhecido também como direito de solidariedade, passando a não só responsabilizar o estado por promover determinadas obrigações, ou melhor, de propiciar exclusivamente a efetivação do direito, a partir dessa geração toda a sociedade é responsável por promover na medida de sua capacidade o bem estar social, nascendo as parcerias públicas privadas (CARVALHO, 2015).

Não obstante, lembrando que o direito é uno e indivisível, assim por estabelecer a historicidade como uma de suas características, deve ficar claro que cada período dessa evolução constitucional, encontra-se estreitamente vinculado, por uma questão lógico-jurídica (LENZA, 2018).

Dessa forma, temos que observar as peculiaridades da evolução de direitos estabelecida na órbita Constitucional, vendo as diversas tentativas de se estabelecer um estado que venha efetivamente aplicar os ditames legais, sendo o instituidor da

norma constitucional um dos principais autores que estão diretamente vinculado a ela, sendo a sua observância compulsória, pautando a sua atuação no princípio da legalidade.

## **2.2 Dos Direitos Civis e Políticos**

O marco inicial desses direitos, foram com os ingleses, tendo a ilustração em 1215 com A Magna Carta ou também conhecida como “Grande Carta das Liberdades”, caracterizada por ser um diploma legal que objetivava à limitação do poder central, vinculando as ações do soberano aos dispositivos mencionados na referida carta, esclarecendo DEVINE; HANSEN; WILDE; (2007, p. 28). Não obstante, ao mencionar a referida carta, devemos nos ater que houve uma vinculação do rei João a carta, gerando algumas abstenções, que era a ideia fulcral da carta magna, as liberdades negativas ou a não abusividade do poder estatal.

Com a sequência cronológica dos fatos, na clara exposição de Devine et al. (2007, p. 30), temos em 1628, a Petição de Direitos, que delimitava os poderes da monarquia britânica, almejando sempre ao status negativo do poder central, tendo como sua motivação a Magna Carta, reduzindo ainda mais com os abusos e os privilégios reais que eram bastante comuns aquela época.

Por conseguinte, em 1966 no âmbito internacional tivemos a marco do Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos, com o objetivo de dar um caráter vinculante das disposições estabelecidas anteriormente pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pois esta tinha apenas valor informativo, não obrigando os Estados-Partes a seguir os ditames estabelecidos, no entanto, tivemos o tratado internacional dos Direitos Civis e Políticos que veio garantindo os direitos direcionados ao ser humano, passando a impor obrigações legais aos estados-membros que descumprissem os regramentos estabelecidos, isso nos retrata a preocupação sob a ótica internacional, no trato das relações do Estado com os indivíduos, sendo essa geração responsável por criar as obrigações positivas por parte do poder público, na qual o Estado deve estar presente para assegurar a efetividade desses direitos, inerentes ao ser humano, como também as obrigações de caráter negativo, a qual resguarda que o Estado não deve violar os direitos estabelecidos para o povo (LENZA, 2018).

Com isso, podemos depreender que os instrumentos essenciais disponibilizados pelo Estado para o cidadão, devem em última análise, demonstrar idoneidade para sanar de modo eficaz, as necessidades pleiteadas pelo indivíduo, pois a mera disponibilidade de meios para a efetivação de alguns direitos essenciais,

não configura absolutamente na sua plena eficácia. Importante destacar que não existe liberdade sem igualdade, assim como não existe igualdade sem liberdade.

### **2.3 Dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

Os direitos de segunda dimensão, vêm para marcar as prestações positivas estatais, invertendo diretamente a visão anterior, que era de um Estado abstencionista que deveria zelar por prestações negativas, nessa ordem, temos a possibilidade de uma figura de um "Provedor Social" fortificada, pois, para a sociedade que é a figura hipossuficiente passar a ter de fé e fato os seus direitos garantidos, nada melhor que a figura estatal no polo de garantidor dessas prestações (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013).

Cabe mencionar a sua abrangência mundial, tendo destaque de seu conteúdo em diversos textos normativos, como podemos destacar: o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), ficando demonstrado, a sua relevância temática (GOTTI, 2012).

Conforme exposto, nesse período temos uma atmosfera constitucional, voltada para efetivação de garantias fundamentais, desta forma temos um enfoque especial aos direitos sociais, o qual engloba diversas aéreas, como: a saúde, educação, alimentação, o trabalho, dentre outros direitos que fazem parte do núcleo essencial do ser humano. No entanto, existe divergências sobre a aplicabilidade e efetivação que é preconizada por esses dispositivos constitucionais, exigindo muitas vezes a fiscalização para o fiel cumprimento de tais obrigações por parte do poder central (LENZA, 2012).

Acontece que, esses referidos direitos, obedecem a algumas características, dentre elas, iremos fatalmente nos deparar com a Constitucionalização, ou seja, que quando se tratar de direitos fundamentais do ser humano, a norma deve ser positivada em algum ordenamento jurídico com validade constitucional (LENZA, 2012). No entanto, devemos nos atentar que ao estabelecer uma ordem constitucional, dentro de um Estado Democrático, que obrigatoriamente irá nos vincular ao direito, pois, se democrático é o Estado, presume-se que de direito ele é, sendo importando frisar que não podemos pressupor que na estruturação inversa de Estado, não poderíamos estabelecer necessariamente uma democracia, porque nem todo estado de direito é democrático. Nessa perspectiva, leciona Alfredo Copetti Neto:

Nesse sentido, pode-se afirmar que a democracia implica incontestavelmente o direito, na medida em que não pode existir democracia sem direito, embora, admita-se a existência do direito não democrático.

Ainda nesse aspecto, dispõe:

Em outras palavras, é importante ter em mente que a democracia vem afirmada não somente como um conjunto de regras que institucionaliza o poder, conferindo autodeterminação individual e coletiva às pessoas, mas também como um conjunto de regras que impõe limites e vínculos a este mesmo poder, impedindo a sua degradação despótica e garantindo o seu exercício à proteção dos interesses de todos. (NETO, 2013).

Assim sendo, não pode o legislador infraconstitucional, furta-se a uma característica dos direitos fundamentais, que é a inviolabilidade, devendo observância obrigatória aos preceitos que foram estabelecidos constitucionalmente em uma ordem jurídica, sendo que sua desobediência, isto é, a sua discordância por meio de uma norma infraconstitucional, implica necessariamente uma violação ao ordenamento jurídico e aos direitos fundamentais.

### **3. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade da pessoa humana será o principal vetor dos questionamentos do presente trabalho acadêmico, pois, como é cediço, sabemos que todo ser humano, independente da sua raça, etnia, religião ou até mesmo a sua nacionalidade, deve ser sujeito de direitos e obrigações, é claro que, essa dicotomia irá ter sempre esteio nas imposições legais positivadas no ordenamento jurídico pátrio, como também nos princípios gerais do direito, tendo por basilar a isonomia, como podemos observar.

Partindo da premissa que todo ser humano é sujeito de direitos e obrigações, vale mencionar um direito que faz parte do núcleo essencial de toda pessoa, qual seja: o direito a uma vida digna, ou melhor, cada um deve ter condições mínimas para prolongar os seus dias na "terra". Disso, surgem diversos questionamentos, tais como: quem irá prover tais condições de existência; como a família deverá prover toda e qualquer necessidade de seus descendentes ou ascendentes; se a família não tiver condições financeiras; de que forma assegurar a saúde de todos; como a sociedade deve cumprir o papel de ser solidária para com o próximo; ou será que somente o "Estado" deve prover tais condições.

Estamos diante de matéria constitucional, matéria esta que foi inserida em nosso ordenamento jurídico de forma paulatina, com muitas lutas e sacrifícios, respeitando a característica da historicidade do Direito Constitucional como um todo, por estar diretamente relacionado com o assunto. Nesse sentido, como cita Laércio Dias de Moura (2002, p. 78-79):

A noção de dignidade humana está atrelada à concepção de que "cada ser humano tem, pois, um lugar na sociedade humana. Um lugar que lhe é garantido pelo direito, que é a força organizadora da sociedade. Como sujeito de direitos ele não pode ser excluído da sociedade e como sujeito de obrigações ele não pode prescindir de sua pertinência à sociedade, na qual é chamado a exercer um papel positivo.

Outrossim, para solidificar o entendimento, temos como complementação a explanação de José Afonso da Silva (2014, p.107), elencando que a Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Percebe-se a preocupação do legislador constituinte em detalhar, ou melhor, ao menos delimitar de forma concisa que o Estado Brasileiro, irá progressivamente aspirar ao bem estar social, ou seja, deixou consignado na carta maior de forma a serem vislumbrados os objetivos a serem buscados pela República, com a finalidade de demonstrar que a instituição de um Estado democrático veio para garantir a igualdade de direitos ou ao menos ter como um de seus pilares a buscar progressiva para tornar efetiva a atmosfera de um Estado social, livre do temor e da miséria (BRASIL, 1988).

Ainda nessa conjectura lógica, leciona o autor supracitado que o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, a lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Logo, o Estado, deve se sujeitar ao império da lei, na busca pela igualização das condições socialmente desiguais.

Por isso, a dignidade da pessoa humana, topograficamente esta no início de toda e qualquer conceituação voltada aos direitos fundamentais, pois a partir dela é que podemos caracterizar os demais segmentos do direito, pelo simples fato do ordenamento jurídico ser instituído por e para o ser humana, colocando-o no centro de todo esse arcabouço de normas, visando a harmonia do convívio e o bem estar social, em um mundo a salvo de qualquer tipo de distinção social.

#### **4 SOBRE O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

#### **4.1 Direito à Saúde como um Serviço Público**

Ao efetuar uma observação do cenário social, no que tange a saúde pública, constatamos de fato a carência da aplicação de recursos nessa área, pois as populações das pequenas e grandes cidades que carecem de recursos financeiros para custear os planos de saúde privados, na grande maioria dos casos, acabam por ter que aceitar a sua condição de miserabilidade e suportar o infortúnio das enfermidades que são contraídas, por não ser ofertadas pelo Estado condições de tratamento adequadas, sendo importante frisar que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é combater também a pobreza, para evitar situações calamitosas na sociedade (PAULO; ALEXANDRINO, 2015).

Tendo por base o contexto que a sociedade esta inserida, e fazendo um contraponto com os Direitos de Segunda dimensão, quais sejam: Direitos sociais, econômicos e culturais, com enfoque nos direitos sociais, percebe-se um paradoxo perverso, no qual um direito que é caracterizado de segunda dimensão, configurando as prestações positivas Estatais, ser “esquecido” diante de um panorama caótico, que demonstra constantemente a necessidade que o cidadão tem de efetivamente gozar do referido direito, não por mera vaidade, e sim por uma clara necessidade.

Os programas assistenciais instituídos, tendo por base as políticas públicas, voltadas para a efetivação do direito à saúde, muitas vezes passam despercebidas aos olhos da sociedade, pois estas normas de caráter programático que visam instrumentalizar tais direitos, estão presentes no plano formal; já no plano material, percebemos a ausência de sua aplicabilidade, com a realidade social propriamente dita, expondo a omissão Estatal.

Nesse sentido, após uma simples observação, percebe-se que o problema não é a ausência de normas regulamentadoras, pois, ao analisarmos a nossa legislação vigente, perceberemos que na letra fria da lei os direitos são assegurados de forma prioritária, logo, o questionamento não será a ausência de norma regulamentadora da matéria, e sim a sua aplicabilidade, para que possamos sair de uma utopia constitucional.

Com fundamento no Estado Social, que preconiza as suas funções essenciais precípuas, constatando a inserção do direito à saúde no rol dos direitos fundamentais, e obtendo assim intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana, não cabe ao ser humano, vendar os olhos e negar que o direito à saúde tem um manto constitucional para protegê-lo, criando assim um direito público subjetivo para o indivíduo, sendo de aplicabilidade imediata, como dispõe o parágrafo

primeiro da Constituição Federal de 1988: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Dessa forma, com fundamentos idôneos, as prestações positivas por parte do Estado se exteriorizam, com a implementação de políticas públicas para combater os problemas sociais, temos como traço positivo na nossa legislação a Lei nº 8.080/90, que veio regulamentando o Sistema Único de Saúde (SUS). A referida legislação infraconstitucional, novamente vem reafirmando a obrigatoriedade por parte do Estado em prover as condições ao pleno exercício do direito à saúde. Com a seguinte redação expressa na Lei nº 8.080/90:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Não obstante, o poder público instituiu, como uma tentativa de implementação progressiva de políticas que visassem a beneficiar a população a Lei nº 8.142/90, que vem dispondo da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, viabilizando a publicidade das informações para melhor gerir a aparelhagem estatal, abrindo espaço para o desenvolvimento de novas atividades que venham contribuir de forma positiva para a sociedade, focalizando o preceito da igualdade e universalidade no acesso.

Por isso, surge um incessante questionamento a cerca dessa temática, pois, ao mesmo tempo que o Estado faz o papel de garantidor deste referido direito, em contra ponto, ele busca se eximir em determinadas circunstâncias, abrindo espaço para a intervenção do poder judiciário nessa órbita, nesse sentido, José Afonso da Silva, (2014, p. 311), dispõe da seguinte maneira:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à

vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica; sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.

Dado o exposto, é perceptível que estamos obtendo uma evolução quanto à elaboração de políticas públicas para garantir o acesso à saúde dando um pouco de alento ao povo brasileiro, que constantemente reclama investimentos voltados para a área. Por isso, o poder público tem expandido até mesmo as suas parcerias com a iniciativa privada, como uma forma de “desafogar” o setor, porque como é sabido, o atendimento a saúde tem deixado a desejar, não tendo servidores e muitas vezes nem mesmo instalações adequadas para a concessão do serviço necessário a sociedade, sendo uma inconstitucionalidade por omissão, infligindo o disposto na Constituição Federal de 1988, nos artigos que passo a expor:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.(BRASIL, 1988).

Com parâmetros definidos na carta maior, discorre sobre o assunto Cleyson de Moraes Mello e Thiago Moreira, (2015, p. 557):

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da



população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Por tudo isso, cabe ao Estado ao invés de apenas garantir o direito à saúde, efetiva-lo, deixando de lado, assim, toda e qualquer fundamentação que objetive inviabilizar esse imprescindível serviço social destinado à população, independentemente de sua cor, sexo, etnia, religião ou procedência nacional, tornando um país de igualdade formal e material.

## **5. O ACESSO AO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DA TUTELA JURISDICIONAL**

### **5.1 A Tutela Jurisdicional**

Ao adentrar no tema da judicialização do acesso à saúde, fatalmente teremos que apontar a pertinência para a questão dos elevados índices de ações judiciais que envolvem o direito à saúde no Brasil, pois com passar dos anos, podemos notar, que os números das demandas judiciais só têm aumentado, para a comprovação da ineficiência do Sistema Único de Saúde, mas devendo ser analisado de um ponto de vista técnico para que assim, possamos constatar onde se localiza o problema dessa ingerência, dos bens e serviços públicos, por parte do Estado, destacando a necessidade da instituição de órgãos que fiscalizem essa aplicabilidade das normas no caso concreto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2017).

Com esse cenário, as discussões voltadas para o acesso à saúde, vem se consolidando nos tribunais superiores por se tratar de direitos subjetivos, sendo uma característica que cria para o particular, que é o titular desses direitos, a capacidade de exigir tais prestações ao poder concedente pelo meio judicial, não obstante, depararem-se com inúmeros percalços argumentativos por parte do Estado, tentando se eximir das reponsabilidades que a ele foi atribuída legalmente, ficando em destaque a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que esta posto em uma posição de guardião dos direitos fundamentais, garantindo o mínimo devido ao ser humano para uma existência digna, primando pela ordem constitucional (PIOVESAN, 2013).

Explicitamente fica destacada a função do judiciário nessas controvérsias que envolve a aplicabilidade das normas direcionadas ao direito a saúde, qual seja: a tutela do mínimo existencial devido ao ser humano. Porque, dessa maneira, o indivíduo poderá gozar de uma vida digna, sendo essas garantias concebidas como fundamentais para a existência humana. Em uma acepção prática, tendo em vista a classificação objetiva de tais direitos, será observado os princípios e valores constitucionais, por serem vetores a serem perseguidos por toda a sociedade (PIOVESAN, 2013).

Dentre outros aspectos, podemos destacar que de forma originária, poderíamos caracterizar os órgãos prestadores dos serviços públicos, na área da saúde, seriam os principais atores protetores da sociedade, pois, são por meio deles que as leis, juntamente com as políticas públicas deveriam ser consolidadas para a proteção da saúde comunitária, garantindo o acesso a medicamentos, a assistência médica primária, dentre outras assistências relacionadas com a saúde pública (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2017).

Então, configura o dever do Estado prover essas garantias originárias da própria Constituição Federal, como também das normas infra ordenadas, caracterizando o direito do particular, exigir do ente político a efetivação dessas previsões dispostas no âmbito legal, mesmo que se deparem com causas impeditivas supervenientes, buscando sempre a aplicação progressiva dos ditames sociais. Nestes termos, cabe ao interessado buscar outros meios para gerar a efetivação de suas garantias, como ilustra Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 677):

A despeito das considerações já referidas na parte geral dos direitos sociais, onde desenvolvemos o tópico de sua eficácia e efetividade, quanto ao direito à saúde e sua exigibilidade pela via judicial, importa frisar que, após uma postura inicial mais contida, mesmo os Tribunais Superiores, com destaque aqui para o STF, passaram a reconhecer a saúde como direito subjetivo (e fundamental) exigível em juízo e não mais como direito enunciado de modo eminentemente programático.

Objetivando a flexibilizar essa judicialização da saúde, em uma das reuniões do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, com a intenção de equilibrar os orçamentos do poder público que se encontram cada vez mais comprometidos por causa das decisões judiciais, que estão direcionadas para fundamentar as suas ações, vinculando-se diretamente aos serviços de saúde ofertados pelo Sistema Único de Saúde que são reclamados pela via judicial, vem-se buscando uma aproximação do poder executivo e judiciário, para tentar diminuir e até mesmo evitar o ajuizamento de demandas judiciais (BRASIL, 2015).

A temática foi declarada como um problema de grave escala, pois acabou afetando diversas secretarias estaduais de saúde, ficando clara a necessidade de aproximação do sistema de saúde do poder judiciário, diante dessa proposta, membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público estiveram presentes em reuniões para esclarecimentos de determinadas ações, dentre elas, foi destacado o objetivo implantar Núcleos de Apoio Técnico,

constituídos de corpo de pessoas especializado, para auxiliar os órgãos do poder judiciário no que tange o direito à saúde (BRASIL, 2015).

Com uma atuação voltada a supervisionar o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, a conselheira do Conselho Nacional de Justiça, Deborah Ciocci, vem monitorando as ações judiciais para que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, sigam as recomendações estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça, e celebrem convênios com profissionais da área de saúde para dar apoio técnico aos magistrados, esclarecendo e fundamentando ainda mais as suas sentenças (BRASIL, 2015).

A conselheira, destaca a importância para que os Estados tenham Núcleos de Apoio Técnico, não apenas para auxiliar a convicção dos magistrados nas tomadas de decisões, como também no estabelecimento de demandas não judiciais, propondo procedimentos administrativos que possam sanear os problemas de igual maneira, tornando-se desnecessário as demandas judiciais, tirando por base a aplicação do instituto em determinados estados e municípios do Brasil (BRASIL, 2015).

Os secretários estaduais vêm apontando como um ponto importante a ser melhorado, a ausência de contato com o judiciário, que pode acarretar inúmeras vezes danos ao orçamento público, aos pacientes, em virtude das decisões jurisdicionais (BRASIL, 2015).

Dessa forma, os órgãos do poder executivo, visam à redução das ações judiciais, de forma a viabilizar a efetividade do direito pela esfera administrativa, deixando para o segundo plano a esfera jurisdicional, sempre ofertando aos membros componentes do poder judiciário elementos necessários para subsidiar as suas ilações probatórias, como por exemplo a exposição de dados dos tratamentos ofertados pelo Sistema Único de Saúde e os requeridos judicialmente, deixando disponíveis informações técnicas para dirimir eventuais conflitos de interesses (BRASIL, 2015).

## **5.2 A Reserva do Possível**

Ao analisar o polo garantidor dos direitos sociais, fatalmente iremos nos deparar com a figura do poder público, e a partir dessa figura, nasce para o ser humano, o direito de exigir a prestação dos direitos sociais, caracterizado como direitos subjetivos, fundamentando assim, o controle jurisdicional das políticas públicas, no entanto, diante desse panorama estabelecido, cabe ao Estado prover as exigências indispensáveis à saúde do indivíduo, analisando criteriosamente cada necessidade apresentadas nos casos concretos (MORAES, 2014). Ocorre que, para

que o poder público efetive esses direitos, é imprescindível a existência de recursos financeiros suficientes para a prestação adequada dos serviços, esbarrando dessa forma na chamada “reserva do possível”, sendo de importante relevância a aferição da capacidade econômica do ente que irá promover essas garantias constitucionais (NOVELINO, 2016).

Então ao adentrar na temática que consiste em estabelecer as condições econômicas efetivas para as prestações estatais, percebe-se a relevância de tal observância, pois para que ocorra a distribuição de recursos adequadamente é necessária uma prévia orçamentação que ao menos tenha uma fonte de custeio para assegurar a promoção de tais exigências decorrentes dos direitos prestacionais, neste caso voltado para a área da saúde.

Por isso, devemos estabelecer de forma lógica de modo que para ocorrer a efetivação das prestações materiais, inquestionavelmente, geraria um custo a ser arcado pelo poder público, sendo assim, para que exista a concretude deste direito reclamado, é importante a existência de recursos disponíveis, todavia, temos que destacar a pertinência constitucional do tema que envolve este questionamento, não podendo o Estado, e nem mesmo ser humano dispor desses direitos sociais, no que tange a saúde, o direito a vida, sendo classificado como direitos indisponíveis (LENZA, 2018).

Nesse diapasão, cabe justamente ao próprio “Estado”, por meio do Poder Judiciário, tutelar esse conflito, para delimitar até que ponto deverá ser assegurado tais direitos, sendo caso do manejo de ações judiciais, pois, desta maneira, poderá ser imposta obrigações legais ao ente que não estiver adimplindo com suas obrigações, consistindo essa imposição na consecução apenas das normas que já foram destacadas pelo próprio poder público (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Ainda nessa perspectiva, quando mencionamos a reserva do possível, temos que ter a devida cautela com a interpretação desse princípio, para que uma interpretação errônea, não acabe afetando o âmbito dos direitos que derivam das prestações, vinculando diretamente ao fornecimento de bens e serviços que constarem no ditames estabelecidos por políticas públicas, como exemplo podemos elencar a universalidade do acesso aos serviços de saúde ofertados pelo Sistema Único de Saúde (NOVELINO, 2016).

Ao observar essas previsões legais que destacam o direito subjetivo do particular, constata-se a sua previsibilidade objetiva de forma adequada, ficando todas as prestações expressas na lei, contudo, é difícil entender que as prestações

asseguradas pela lei, poderá diante de algumas motivações por parte do Estado, ser reduzidas ou até mesmo interrompidas, por exemplo na alegação da indisponibilidade de recursos financeiros e bens para a consecução das normas previstas nas leis e em políticas sociais em prol da saúde, sendo incoerente cercear o uso e gozo de determinados bens e serviços, por ser de natureza essencial (LENZA, 2018).

A delimitação do que é a “reserva do possível” para o direito compactua com diversos aspectos, em uma primeira análise iremos nos deparar com a ausência de recursos econômicos que irá ser a principal alegação do poder estatal para não ofertar a todos os serviços de saúde previstos em lei, como também fundamenta a sua omissão na ausência de recursos humanos e técnicos, sendo de extrema necessidade a solução dos problemas da gestão e a delimitação das prioridades no âmbito dos gastos públicos, por ser matéria atinente aos direitos fundamentais que merece uma atenção especial por parte do Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

### **5.3 Sobre o Mínimo Existencial**

A existência de imposições limitativas para as garantias por parte do poder público teve atenção especial ao tratar do princípio da reserva do possível, visando à atenuar ou até mesmo eximir o Estado do dever de implementar determinadas políticas públicas desenvolvidas para assegurar determinados direitos sociais. No entanto, não cabe ao poder público fundamentar a sua omissão, buscando esteio nos princípios constitucionais, a fim de mitigar o dever de garantir o núcleo essencial para a vida do ser humano, qual seja: o mínimo existencial (PIOVESAN, 2013).

Como se depreende do pensamento acima, não há argumentação válida por parte do Estado para obstar o acesso a esses direitos fundamentais, sob a alegação de conflitos, uma vez que quando o poder público alega garantir a capacidade de gozo de determinado direito, não necessariamente este direito pode estar sendo efetivado no dia a dia. É imprescindível que o Estado viabilize os meios idôneos para que as pessoas possam efetiva-lo, buscando progressivamente fazer implementações no ordenamento jurídico, a fim de assegurar a igualdade material, e não apenas a formal (NOVELINO, 2016).

Seguindo essa linha de raciocínio, conforme a nobre fundamentação lógica jurídica do autor que foi mencionado é possível ter a visibilidade da obrigatoriedade da ação por parte do Poder Público, objetivando a progressão dos recursos nas áreas prioritárias para a população, firmando essa prestação devida pelo Estado.

A importância em esclarecer até que ponto o Estado está sendo efetivo para com as suas obrigações é merecedora de uma atenção especial, porque essa identificação solucionará os problemas decorrentes de tal ingerência, que em muitos casos acabam refletindo de forma negativa para a sociedade, esquecendo em alguns casos de conceder o alento necessário ao povo, que apenas aguarda o que é de direito, não exigindo mais que o necessário para sua existência. Nessa linha os autores expõem o seguinte teor:

No que diz com a assim chamada reserva do possível, que vinha sendo considerada, no mais das vezes, como mero entrave burocrático, a evolução mais recente tende a reverter este quadro, admitindo-se que os direitos sociais encontram-se submetidos a limites fáticos e jurídicos, mas ao mesmo tempo se afirmando que a impossibilidade de atendimento da demanda (de fornecimento das prestações) deve ser demonstrada pelo Poder Público, a quem incumbe o ônus da prova. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 656).

Ao entender essa sistemática explicativa, passamos a pontuar de forma criteriosa os aspectos necessários a serem ponderados, visto que não temos mais dúvidas em relação aos deveres que são impostos pelo legislador ao Poder Público, nascendo o liame, ou melhor, o perfeito enquadramento no direito subjetivo do particular para pleitear o referido direito. Tais imposições prescrevem claramente que há determinados bens jurídicos tutelados pelo ser humano, que fazem parte de um núcleo intangível, essencial para o desenvolvimento da humanidade, de forma que a não proteção desse núcleo possa causar justamente o efeito oposto, que é a desfragmentação da humanidade, criando um cenário de caos, criando espaço para o retrocesso social, atingindo diretamente toda a órbita do Direito Constitucional (MORAES, 2014).

Possibilitando uma melhor compreensão desse meu entendimento, preleciona Matheus Carvalho, (2015, p. 337):

É cediço que, atualmente, a prestação do serviço público tem um padrão considerado normal, baseado no Princípio da Reserva do Possível, ou seja, tem que haver compatibilidade com o orçamento público e sua estruturação na prestação dos serviços. Se este está sendo realizado dentro do padrão normal esperado, não há que se falar em responsabilizar o Estado. Este, por sua vez não pode eximir-se de suas obrigações em oferecer o mínimo existencial de sobrevivência para os administrados,

utilizando-se do princípio da reserva do possível. Neste contexto, para que haja responsabilização do Estado, deve-se analisar se seria possível ao ente estatal impedir a ocorrência do dano, dentro de suas possibilidades orçamentárias.

Diante do exposto, é de se suscitar a necessidade da inversão do ônus da prova no caso do particular pleitear o referido direito diante da omissão Estatal, ou seja, na inviabilidade de determinada garantia pelo poder público no que tange os direitos fundamentais (sociais), cabe à administração pública fundamentar o motivo da inviabilidade, sob pena de ser responsabilizada, conseqüentemente sendo obrigada efetivar a obrigação.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao analisar a contextualização da saúde no cenário brasileiro, é perceptível que a ordem jurídica demonstrou especial atenção à temática, pois primeiramente temos o direito à saúde consagrado na nossa carta maior, qual seja, a Constituição Federal, e posteriormente temos legislações infraconstitucionais regulamentando a matéria, com destaque para as políticas públicas desenvolvidas para progressivamente implementar e aperfeiçoar a prestação do serviço a saúde, como foi demonstrado em capítulos anteriores que abordaram detalhadamente essas peculiaridades.

Dessas informações podemos depreender que o problema da saúde pública no Brasil não é decorrente da ausência de normas que regulamentem a matéria, muito pelo contrário, em nosso ordenamento jurídico temos diversas previsibilidades legais que regulamentam toda a temática. Demonstrando a causa dessa problemática que é o não cumprimento das normas, configurando a ingerência estatal e a sua conseqüente omissão.

A solução posta para essa omissão do Estado foi a judicialização do acesso à saúde, como podemos ter como exemplo o questionamento da atuação do poder público por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental de número 45, onde foi questionada a atuação do poder judiciário, tentando opor a sua ação uma qualidade abusiva, porque estaria invadindo outra esfera de poder que não seria a sua, violando uma garantia constitucional que é a independência dos poderes, sendo assim, a argumentação consistia que o poder judiciário estaria invadindo a esfera do Poder Executivo, no entanto, entendeu-se de forma diversa, como ficou comprovado na mencionada ação judicial acima, objeto desse questionamento (BRASIL, 2004).

Dessa maneira, o poder executivo federal, deveria desenvolver instrumentos para verificar a eficácia das medidas previstas em lei, efetuando constantes monitoramentos, para aferir a efetividade das normas, expondo periodicamente relatórios que comprovem tais dados.

Assim, nasce para o poder judiciário, a legitimidade constitucional de controlar e intervir nas ações de políticas públicas, quando configurar situação de omissão ou abuso do governo, desde que provocado pela parte interessada, para que assim fique resguardado o núcleo essencial do indivíduo. Dessa forma, ficou definido que o poder público deverá resguardar recursos financeiros mínimos para ser destinados a implementações de serviços públicos de saúde, direcionados as populações que não gozem de condições suficientes para promover o custeio de tratamentos privados de saúde (BRASIL, 2000).

A obediência à norma constitucional deve ser prioritária, visto que com a publicação da emenda constitucional de número 29, tivemos de forma expressa a consolidação dessa argumentação supra mencionada, observemos: “ aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 2000).

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que não é um caso de usurpação de poder por parte do judiciário, sendo incabível tal argumentação, pois é sabido que os poderes do estado, Executivo, Legislativo e judiciário, são independentes e harmônicos entre si, no entanto, caberá um controle recíproco, denominado de sistema de freios e contrapesos, para garantir que não ocorra a abusividade de determinado poder, tendo como exemplo o caso em comento, destacando que na ausência de ações do poder executivo, tendo posterior provocação do poder judiciário, caberá este intervir para fazer valer o direito garantido pela Constituição (SILVA, 2014).

Diante dos pontos apresentados, há quem discorde dessa intervenção do judiciário, diversos doutrinadores e juízes dispõem de forma contrária, alegando a não legitimidade por parte do poder judiciário em adentrar essa esfera de atribuição de outro poder, estando a imposição feita ao Estado inviabilizada por exigir que o mesmo diretamente a efetive cada direito pleiteado, infligindo a separação dos poderes, fundamentando a discordância na alegação de que o judiciário estaria adentrando a oportunidade e conveniência do poder concedente, ficando demonstrado a inadequação da medida (BRASIL, 2004).



A prática mostra que a viabilidade das ações judiciais para a efetividade dos direitos sociais são potenciais, sendo o meio pelo qual a população tem utilizado para a efetivação de suas necessidades fundamentais que foram esquecidas ou até mesmo ignoradas pelo poder público, o que foi objeto do presente trabalho acadêmico, ficando demonstrado o instrumento de viabilidade pelo qual o ser humano irá se valer para a consecução de seus direitos, enaltecendo cada vez mais o papel do poder judiciário como o principal garantidor de tutelas individuais, trazendo a aplicabilidade do direito ao caso concreto, avaliando sempre as suas peculiaridades.

Não obstante, o Conselho Nacional de Justiça, pela resolução número 71, destacou a existência dos plantões judiciais em primeiro e segundo grau de justiça, enaltecendo a sua responsabilidade para o funcionamento adequado do poder judiciário, dispondo acerca das matérias a serem tratadas em tutela de urgência nos plantões nos tribunais (BRASIL, 2009).

O Conselho Nacional de Justiça, deixou claro que a função precípua dos plantões, dentro dos ditames da oportunidade e conveniência é a sua atuação com objetividade e clareza nas decisões emanadas em sede de urgência, padronizando assim, as matérias passíveis de análise (BRASIL, 2009).

Na presente resolução, de forma explícita, em seu artigo 1º, expõe que o plantão judiciário, tanto em primeiro, como também em segundo grau, adequando-se conforme cada regimento dos respectivos tribunais ou juízos, conhecer de determinadas materiais que seguem nas alíneas e parágrafos do presente artigo, sendo de relevância para nossa temática analisar essas matérias, porque, também pelos plantões judiciais será possível pleitear a tutela do acesso à saúde, por se tratar de um direito fundamental que comprova a necessidade satisfativa e a comprava urgência da efetivação do direito reclamado (BRASIL, 2009).

Destarte, a fim de solucionar esse raciocínio, para que o direito a saúde seja exercido em sua plenitude, faz-se necessário a presença de órgão internos na administração pública, vigiando a aplicabilidade das normas, assim, em conformidade com a garantia constitucional, o direito a saúde será ofertado e promovido da maneira correta.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2008.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 maio 2019.

BRASIL. **EMENDA CONSTITUCIONAL N. 29, DE 13 DE SETEMBRO DE 2000.** Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm). Acesso em: 01 novembro 2019.

BRASIL. **Estado de direito e democracia social: uma abordagem garantista sobre aquilo que não é permitido não decidir ainda que no âmago da crise econômica global.** Disponível

em: [https://www.academia.edu/31348186/Estado de direito e democracia social u ma abordagem garantista sobre aquilo que n%C3%A3o %C3%A9 permitido n%C3%A3o decidir ainda que no %C3%A2mago da crise econ%C3%B4mica global?auto=download](https://www.academia.edu/31348186/Estado_de_direito_e_democracia_social_uma_abordagem_garantista_sobre_aquilo_que_n%C3%A3o_%C3%A9_permitido_n%C3%A3o_decidir_ainda_que_no_%C3%A2mago_da_crise_econ%C3%B4mica_global?auto=download) Acesso em: 01 setembro 2019.

BRASIL. **Lei 8.080/90. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. **Lei 8.142/90. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.** Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm) Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. **Resolução Nº 71 de 31/03/2009. Dispõe sobre regime de plantão judiciário em primeiro e segundo grau de jurisdição.** Disponível

em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=63> Acesso em: 17 novembro 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL n. 45.** Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Diário da Justiça, 4 de maio de 2004. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 31 outubro 2019.

BRASIL. **O DIREITO À SAÚDE EXIGIDO NA JUSTIÇA.** Disponível

em: <https://www.conass.org.br/consensus/o-direito-saude-exigido-na-justica/> Acesso em: 17 novembro 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2. Ed., Salvador, JusPODIVM, 2015.

DEVINE, Carol; HANSEN; Carol Rae; WILDE, Ralph. **Direitos Humanos: Referências Essenciais**. São Paulo, EDUSP, 2007.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais: Fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. São Paulo, Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade das pessoas e os direitos humanos**. São Paulo, EDUSC, 2002.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. 2016. Salvador: JusPodivm.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo : Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI; Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. Ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: 2015.

## **DIREITO DOS ANIMAIS: REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL.**

**ELISANGELA PERES:** Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Gurupi (UnirG), Gurupi/TO.

**AGNELO ROCHA NOGUEIRA SOARES[1]**

**(orientador)**

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor que incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, incluindo, nesse contexto, a proteção aos animais contra a crueldade e os maus-tratos (art. 225, §1º, VII). Nesse cenário, o presente estudo tem como objetivo analisar a regulamentação dos direitos dos animais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Partindo de uma análise acerca dos dispositivos legais que discorrem sobre os direitos dos animais e suas implicações jurídicas nas esferas cível, penal e administrativa, a pesquisa se aprofunda na análise dos dispositivos legais sobre o tema, concluindo que as leis tem ampliado a proteção desses seres vivos através do aumento da pena para os atos de maus tratos e abandono praticado contra animais domésticos, situação inclusive refletida na tendência, constante em projeto de lei federal, de reinterpretar a natureza jurídica dos animais no nosso Ordenamento Jurídico Brasileiro. Desenvolvido segundo o método de pesquisa bibliográfica, fundamentado em doutrinas, leis e jurisprudências, o estudo demonstrou que as novas leis e projetos de lei caminham no sentido de reconhecer o caráter senciente dos animais e, conseqüentemente, detentores de mais direitos dentro do ordenamento brasileiro.

**Palavras-chave:** Animais. Direitos. Regulamentação. Brasil.

**Abstract:** The Federal Constitution of 1988 innovated by providing that it is incumbent upon the Public Power and the community the duty to defend and preserve the environment, including, in this context, the protection of animals against cruelty and mistreatment (art. 225, §1º, VII). In this scenario, the present study aims to analyze the regulation of animal rights in the Brazilian Legal System. Based on an analysis of the legal provisions that discuss animal rights and their legal implications in the civil, criminal and administrative spheres, the research goes deeper into the analysis of legal provisions on animals, concluding that the laws have expanded the protection of these beings alive by increasing the penalty for acts of mistreatment and abandonment of domestic animals, a situation even reflected in the trend, constant in a federal bill, to reinterpret the legal nature of animals in our Brazilian Legal System. Developed according to the bibliographic research method, based on doctrines, laws and jurisprudence, the study demonstrated that the new laws and bills

of law are moving towards recognizing the sentient nature of animals and, consequently, having more rights within the Brazilian system.

**Keywords:** Animals. Rights. Regulation. Brazil.

**Sumário:** Introdução. 1. Os animais na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro. 2. A proteção aos animais na Lei de Crimes Ambientais. 3. Maus tratos e abandono de animais. 3.1 A Lei Sanção (Lei nº 14.064/2020). 4. O STJ e os animais como seres sencientes. 4.1 Projeto de Lei (PL) 6054/2019. 5. Entendimentos jurisprudenciais de proteção aos animais. Considerações finais. Referências.

## Introdução

Atualmente, encontra-se em alta a discussão sobre a necessidade de regulamentação específica da proteção dos animais no Brasil, embora já existam dispositivos de Lei que orientam a relação entre os seres humanos e os animais, estes ainda são considerados como coisa ou propriedade dos seus donos. Nesse contexto, os animais são considerados pela Constituição Federal de 1988 como essenciais para o bem-estar e a dignidade das presentes e futuras gerações, já que integram o meio ambiente, que tem ampla proteção do Estado.

Em razão da existência de questionamentos de entidades e pessoas que reclamam por ampliação de leis que versem mais sobre o tratamento a ser dado aos animais e a existência de seus direitos, a presente pesquisa, além de mencionar as disposições legislativas atuais, irá demonstrar qual tem sido a evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial relacionada aos direitos dos animais no ordenamento jurídico pátrio.

No decorrer de seu desenvolvimento, a pesquisa aponta quais os dispositivos legais que discorrem sobre os direitos dos animais e suas implicações jurídicas, sejam na esfera cível, penal e administrativa, principalmente quanto ao abandono e maus tratos desses seres vivos, tipificado no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 1998), norma infraconstitucional que tem papel essencial de punir a prática de maus tratos, já que é por meio dela que está tipificada a conduta que caracteriza esse ilícito, tratado de forma genérica na Constituição Federal. Contudo, ao final do estudo, será apresentado o quadro atual da legislação vigente no tocante à proteção legal atribuída aos animais no Brasil.

Dentre as inovações apontadas pela pesquisa, destaca-se a inserção de novo parágrafo ao crime de maus tratos, com previsão de pena maior para aqueles que cometem maus tratos contra cães e gatos, cuja sanção será a reclusão, de dois a cinco anos, multa e a proibição da guarda ao agressor.

O aumento da pena e a busca pela responsabilização efetiva por abandono e maus tratos é resultado da interpretação dada pelo STJ de que os animais são seres sencientes, compreensão que está em discussão no Congresso Nacional através do Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018, que tem como escopo a revisão desse termo, reconhecendo que os animais são seres sencientes porque possuem capacidade de sentir e desenvolverem laços afetivos com os humanos.

Tendo em vista estas recentes inovações, o estudo tem como objetivo geral analisar a proteção legal dada aos animais segundo as normas pátrias, através dos dispositivos contidos na Constituição Federal, no Código Civil e nas leis ambientais e, conseqüentemente, apontar a regulamentação do direito dos animais no ordenamento brasileiro e a sua ampliação nos últimos anos segundo as leis recentemente sancionadas e em discussão no Congresso Nacional, por estarem os animais inseridos na comunidade.

Para alcançar os objetivos estabelecidos, propõe-se uma pesquisa bibliográfica e documental de caráter qualitativo, tendo como base o conteúdo da Constituição Federal, leis, princípios, doutrina e jurisprudência que tenham sido publicados a partir do ano de 2015 e que versem sobre os direitos dos animais no Brasil.

## **1 Os animais na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro.**

A proteção ao meio ambiente está resguardada pela Constituição Federal da República em seu artigo 225, cujo caput dispõe:

*“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL. 1988)”.*

Decorrem desse dispositivo a proteção à fauna, que corresponde a um conjunto de animais que vivem em determinada região ou período geológico da história (AMADO, 2014). Não existe meio ambiente equilibrado sem que os animais estejam resguardados pelo ordenamento, daí porque estão eles inseridos dentro desse dispositivo constitucional.

Para que este dispositivo seja obedecido, estabelece o parágrafo 1º, inciso VII, que é dever do Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A sua proteção é matéria de competência comum dos entes do poder público, que devem atuar de modo a “preservar as florestas, a fauna e a flora, conforme é o teor contido no inciso VII do artigo 23 da Constituição (BRASIL, 1988).

Esta previsão constitucional amolda-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que deixa claro o dever de proteção desses seres vivos ao determinar no artigo 2º que o animal tem direito ao respeito, não sendo permitido ao homem exterminar ou explorar outros animais. Já no artigo 6º, destaca que o animal tem direito a uma duração de vida longínqua e que o abandono desses seres é um ato cruel e degradante (ONU, 1978).

O Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) também regulamenta a proteção aos animais, considerando-os como coisa, isto é, como um objeto semovente enquadrado no artigo 82 que dispõe: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002).

Portanto, os animais são tidos pelos dispositivos do Código Civil em vigor como bens semoventes, entendidos como “os suscetíveis de movimento próprio, como os animais. Movem-se de um local para outro por força própria” (GONÇALVES, 2016).

*“Nesta esteira, entende-se que os animais não são reconhecidos pelo ordenamento jurídico como sujeitos de direitos, pois são tidos como bens sobre os quais incide a ação do homem, uma vez que a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies (ALMEIDA, 2013)”.*

Para a norma cível, os animais são tidos como bens semoventes, que estão regulamentados como os demais bens. Além da norma cível, os animais também estão resguardados pelas leis ambientais.

## **2 A proteção aos animais na Lei de Crimes Ambientais**

Em obediência as disposições constitucionais que resguardam o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente que seja ecologicamente equilibrado, as leis ambientais regulamentam a proteção da fauna e da flora brasileira.

Com o intuito de responsabilizar penalmente os indivíduos que praticam atos de violência contra os animais existem tipos penais inseridos na Lei de Crimes Ambientais voltados a punição por atos praticados contra os seres semoventes.

Sancionada no dia 12 de fevereiro do ano de 1998, a Lei de Crimes Ambientais é a principal norma a regulamentar a responsabilização penal por ilícitos praticados contra os animais, ao passo que essa norma revogou quase todos os tipos previstos no Código Penal e nas legislações extravagantes que tutelavam o meio ambiente e as concentrou nessa lei (AMADO, 2014).

*“A evolução histórica da Lei de Crimes Ambientais, como é chamada a Lei 9605/98, teve início, como já explicado, a partir do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988 e com a intenção de consolidar as raras leis que regulavam os atos lesivos contra o meio ambiente. Na nova lei criada, a intenção do legislador, além de unificar os textos legais esparsos, era sancionar penalmente o agente causador do dano ambiental. (TITAN, 2017, p.1)”.*

Os crimes em espécie estão divididos pela norma ambiental nos moldes seguintes:

*“Em tipos penais, a tutela penal é assim dividida no Capítulo V: • Crimes contra a Fauna (Seção I); • Contra a Flora (Seção II); • Poluição e outros Crimes Ambientais (Seção III); • Contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural (Seção IV); • Contra a Administração Ambiental (Seção V) (AMADO, 2014, p. 622)”.*

Os tipos penais que punem as condutas ilícitas contra os animais estão disciplinados no capítulo que trata dos crimes contra a fauna, dentre os quais se destacam as práticas de maus tratos e abandonos de animais tratados a partir de agora.

### **3 Maus tratos e abandono de animais**

Os dispositivos supracitados demonstram que a legislação brasileira resguarda os direitos dos animais, os quais não devem ser objeto de maus tratos ou de abandono por parte do ser humano.

Apesar do exposto, existem situações em que os animais são abandonados e maltratados por seus proprietários. No Brasil, os índices de violência animal são elevados e, por isso, necessitam ser combatidos.



Os atos de abuso, crueldade e maus tratos contra animais foram definidos pelo Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) através da Resolução nº 1.236/2018, que em seu artigo 2º estabelece:

*“Art. 2º Para os fins desta Resolução, devem ser consideradas as seguintes definições:*

*[...]*

*II - maus-tratos: qualquer ato, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais;*

*III - crueldade: qualquer ato intencional que provoque dor ou sofrimento desnecessários nos animais, bem como intencionalmente impetrar maus tratos continuamente aos animais;*

*IV - abuso: qualquer ato intencional, comissivo ou omissivo, que implique no uso despropositado, indevido, excessivo, demasiado, incorreto de animais, causando prejuízos de ordem física e/ou psicológica, incluindo os atos caracterizados como abuso sexual; [...] (CFMV, 2018)”.*

De acordo com o artigo 5º da referida resolução, o abandono de animais é um dos modos de se caracterizar maus tratos contra animais, assim como a realização de procedimentos invasivos e a agressão física que cause dor ao animal (CFMV, 2018).

Essas definições são diariamente utilizadas pelo Poder Judiciário para caracterizar os atos ilícitos desta natureza, uma vez que a prática de maus tratos e de abandono estão tipificadas como crime ambiental, cuja previsão legal está contida no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), cuja redação, até pouco tempo era a seguinte:

*“Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:*

*Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*

*§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.*

*§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal (BRASIL, 1998)“.*

O crime de maus tratos, assim como os demais delitos previstos na Lei de Crimes Ambientais, tem natureza de ação penal incondicionada, isto é, que independente de representação, que é promovida exclusivamente pelo Ministério Público (CAPEZ, 2014).

Ao analisar a abrangência do crime previsto no caput do artigo 32, Fernando Capez explica que:

*“O tipo abrange todos os animais, sejam eles silvestres (aqueles pertencentes à fauna silvestre)[87], domésticos (aqueles que vivem ou são criados em casa) ou domesticados (aqueles que foram domados, amansados), nativos (aqueles que se originam naturalmente em uma região sem a intervenção do homem) ou exóticos (espécies que não são originárias da área em que vivem) (CAPEZ, 2014, p. 76)“.*

Se constatados o maus tratos contra animais em sua forma simples, o agente criminoso será submetido a uma pena de três meses a um ano, e multa. Se a sua conduta der causa à morte do animal, a pena pode ser aumentada de um sexto até um terço.

Eram apenas esses as duas penas apontadas pelo artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais, entretanto, em que pese a já existente tipificação penal, surgiu na sociedade o questionamento acerca da pena imposta e do tratamento dado aos animais, até então tratados como coisa pelas normas civis.

### **3.1 A Lei Sanção (Lei nº 14.064/2020)**

Conforme apontado anteriormente, os maus tratos e o abandono de animais está tipificado como crime no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais.

Ocorre que esse tipo penal sofreu uma recente alteração legislativa através da aprovação da Lei nº 14.064, sancionada pelo Presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, no dia 29 de setembro do ano de 2020.

Essa Lei foi popularmente denominada de Lei Sansão, em homenagem ao cachorro Sansão, um cão de raça pitbull que foi vítima de maus tratos e teve as duas patas traseiras decepadas por um vizinho, que já cometeu maus tratos contra outros animais.

*“Sansão, um cão de raça pitbull, foi amordaçado com arame farpado no focinho e teve suas pernas traseiras decepadas. O caso gerou manifestações em favor de normas mais severas contra atos cruéis a animais (CONSULTOR JURÍDICO, 2020, p. 1)”.*

O caso ganhou tamanha repercussão e, juntamente com outros casos divulgados na mídia, causou repulsa social e motivou a busca pela aplicação de medidas mais severas para o agressor que comete atos de crueldade contra animais domésticos.

A recente Lei alterou o artigo 32 da Lei 9.605/1998 para inserir no dispositivo penal o parágrafo 1º-A, que determina “quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda” (BRASIL, 2020).

O novo parágrafo do artigo 32 refere-se apenas a cães e gatos, por serem os animais domésticos que fazem parte da comunidade e, para algumas pessoas, são consideradas como integrantes da família. O intuito dessa nova modalidade qualificada tem o propósito de reconhecer os direitos dos animais e efetivamente punir o agressor que comete tais atos de crueldade.

A sua aprovação foi celebrada por uma parte dos estudiosos. Adriana Filizzola D’Urso afirma que a Lei é uma resposta “aos anseios da sociedade, representando mais uma iniciativa no combate à violência contra os animais” (D’URSO *apud* SANTOS, 2020, p. 1).

**Adib Abdouni** comenta:

*“A lei veio em boa hora, para evitar que voltem a ocorrer mutilações de pets como as noticiadas recentemente. Além de garantir punição severa para o indivíduo que praticar um ato violento contra animais domésticos, ela tem caráter educativo, de desestimular o maus-tratos a animais (ABDOUNI *apud* SANTOS, 2020, p. 1)”.*

Para outros, a nova pena é desproporcional, maior de que outras sanções que punem crimes maiores, que ofendem a outros bens jurídicos do cidadão.

*“A título de comparação, a pena para o crime de abandono de incapaz (artigo 133 do Código Penal) é de seis meses a três anos, e se resulta em lesão corporal grave, é de um ano a cinco anos; já para a lesão corporal simples a pena é de três meses a um ano, enquanto que no caso de lesão grave, salta para um a cinco anos. [...] Nota-se, portanto, a completa ausência de proporcionalidade em relação aos demais crimes previstos na legislação brasileira (DAMIANI apud SANTOS, 2020, p. 1)”.*

A divisão de opinião acerca desse novo dispositivo é resultado da celeuma que ainda existe no direito brasileiro sobre o lugar dos animais dentro do ordenamento jurídico. Conforme se verificou nas legislações apontadas acima, os animais ainda são tidos pela lei como coisas, que não detêm direitos reservados aos seres humanos, situação que não é mais um consenso na sociedade.

A percepção sobre os direitos dos animais vem sendo mudada ao longo dos anos. Um exemplo é o reconhecimento do caráter senciente dos animais domesticados, como cães e gatos, para enxergá-los não como simples coisas, mas como seres dotados de sentimentos e, por isso, merecedores de uma proteção legal mais ampla. Essa interpretação é resultado de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

#### **4 O STJ e os animais como seres sencientes**

Da simples leitura das disposições constantes no Código Civil de 2002 pode-se afirmar que os animais figuram dentro do rol de coisas, que são propriedade dos seres humanos para atender a seus interesses.

Com o passar dos anos, os animais foram se tornando a cada dia mais presente nos lares brasileiros, cuidados por seus donos como se fossem integrantes da família.

*“O animal de estimação demonstra uma importância especial para certos membros de uma família, como por exemplo, uma pessoa idosa, crianças, pessoas com certo tipo de deficiência, pessoas que possuem um quando depressivo intenso, dentre outros. A relação com essas pessoas pode trazer muitos benefícios, em especial o emocional, pois o afeto que o animal demonstra-lhes pode até mesmo suprir o sentimento de solidão. Atualmente, existem pessoas que preferem adotar um animal a ter filhos OLIVEIRA, 2020, p.8)”.*

O STJ, ao julgar uma demanda de direito de família, reconheceu que os animais são seres sencientes e por isso merecem regulamentação específica, diversa dos demais seres vivos tidos apenas como coisa.

*“RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, §1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bes não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar – instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos*

*deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (STJ – Resp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018)“.*

Essa decisão reconhece o diferencial existente na relação diária entre os animais de estimação e seus donos. O trato com cães e gatos no dia a dia é prova de que tais seres são dotados de sentimentos.

*“Sabe-se que o animal domesticado no seio familiar envolve-se num apego efetivo tão intenso que a convivência faz com que o próprio animal transmita sinais de entendimento de tudo o que lhe é passado, como por exemplo, quando o seu dono demonstra insatisfação com o seu comportamento, denota tristezas, alegrias, hora da alimentação, dias de passeios, instruções de que não pode urinar ou evacuar em certos locais, enfim, o animal comporta-se de forma um pouco racional (OLIVEIRA, 2020, p.8)“.*

Em razão dessa interpretação jurisprudencial, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei que visa reconhecer o caráter senciente dos animais.

#### **4.1 Projeto de Lei (PL) 6054/2019**

Tramita na Câmara dos Deputados, o PL com o número 6054/2019, de iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar (PSD/SP), que tem como escopo a alteração da natureza jurídica dos animais no ordenamento brasileiro.

O referido projeto de lei é originado na Câmara dos Deputados com a numeração antiga 6.799/2013 e após aprovado pela Câmara tornou-se o Projeto de Lei nº 27/2018 no Senado Federal.

O Projeto de Lei, que já foi aprovado pelo Senado Federal e retornou à Câmara dos Deputados sob a numeração atual 6054/2019, dispõe em seu artigo 3º que:

*“Art. 3º - Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica sui generis, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa (PL 6054/2019)”.*

Essa proposta legislativa está fundamentada no caráter senciente dos animais, detentores de emoções e dores, distintos dos seres humanos apenas no tocante aos aspectos de racionalidade e comunicação verbal, conforme explicou o Deputado Ricardo Izar na justificativa do Projeto:

*“embora não tenha personalidade jurídica, o animal passa a ter personalidade própria, de acordo com sua espécie, natureza biológica e sensibilidade. A natureza suis generis possibilita a tutela e o reconhecimento dos direitos dos animais, que poderão ser postulados por agentes específicos que agem em legitimidade substitutiva (PL 6054/2019)”.*

A redação inicial previa a inclusão do parágrafo único do artigo 82 da Lei de Crimes Ambientais para estabelecer que: “o disposto no caput não se aplica aos animais domésticos e silvestres” (PL 6.799/2013).

De origem na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei já foi encaminhado e aprovado pelo Senado Federal (PL 27/2018) e atualmente retornou à Câmara dos Deputados, com a retirada do mencionado parágrafo e a inclusão do artigo 79-B, que dispõe: “O disposto no art. 82 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código

Civil), não se aplica aos animais não humanos, que ficam sujeitos a direitos despersonalizados. (PL 27/2018).

A aprovação da redação atual está pendente de julgamento pela Câmara dos Deputados, que tramita em regime de urgência desde o mês de julho deste ano. Se aprovado, a natureza jurídica dos animais sofrerá uma importante alteração que irá impactar em todos os demais dispositivos de lei sobre os direitos dos animais.

## **5 Entendimentos jurisprudenciais de proteção aos animais**

As decisões judiciais proferidas nos últimos anos buscam tornar efetiva as disposições legais acerca dos direitos dos animais.

Os animais estão inseridos nas leis de proteção ambiental por serem essenciais ao equilíbrio do meio ambiente. Assim sendo, cabe ao Estado tomar medidas públicas de proteção desses seres, em razão da proteção constitucional ao meio ambiente.

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DOS ANIMAIS. OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL. INTERDIÇÃO PARCIAL DO CANIL MUNICIPAL DE TORRES. DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBER MAIS ANIMAIS. SITUAÇÃO QUE PERDURA HÁ MAIS DE 5 ANOS. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL ATÉ QUE O PROBLEMA SEJA SANADO. 1. Cabe ao ente municipal promover as políticas públicas referentes aos cuidados dos animais, sendo legítima a atuação do Poder Judiciário quando verificada manifesta violação do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, assegurado no artigo 225, §1º, inciso VII, da CF. [...] 3. Age o ente público com desídia em cumprir com sua obrigação de disponibilizar um ambiente adequado para o abrigo de animais em situação de risco, o que justifica a decretação de intervenção judicial até que sejam adotadas as providências necessárias ao regular e perfeito funcionamento do canil municipal. RECURSO PROVIDO (Agravo de Instrumento, nº 70082459553 RS, Relator: sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/11/2019, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/11/2019)”.*

Toda e qualquer prática de maus tratos ou de abandono praticada contra os animais deve ser punida pela lei, já que é crime tipificado no artigo 32 da Lei de Crimes Ambientais. Antes da entrada em vigor da Lei 14.064/2020, por se tratar de



pena pequena, era comum a fixação apenas de pena restritiva de direito, situação de aparente impunidade que foi afastada em razão do aumento da pena de dois a cinco anos de reclusão.

Após proferida a decisão do Superior Tribunal de Justiça, supracitada no item 4 desta pesquisa, tem crescido o número de julgados que reconhecem o caráter senciente dos animais domésticos e silvestres. Os animais domésticos são, inclusive, objeto de disputa de “guarda” após a dissolução afetiva de seus proprietários.

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Guarda. Regulamentação da posse direta de animal de estimação. Animal de estimação adquirido no curso do relacionamento ora dissolvido. Consideração dos animais domésticos como seres sencientes e indubitável apego sentimental ao mascote que autoriza a posse/“guarda” alternada entre seus co-proprietários. Precedentes. Situação de excepcionalidade decorrente da COVID-19 que, todavia, autoriza a mitigação, POR ORA, desta solução, em especial por residirem os envolvidos em cidades distantes. Decisão parcialmente reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-SP – AI: 20732780520208260000 SP 2073278-05.2020.8.26.0000, Relator: Jair de Souza, Data de Julgamento: 02/06/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2020)”.*

*“GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DECISÃO QUE REVOGOU A COMPARTILHADA LIMINARMENTE DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Guarda de animais de estimação. Insurgência contra decisão que revogou a guarda compartilhada dos cães, com alternância das visitas. Efeito suspensivo deferido. Afastada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo agravo. Possibilidade de regulamentação de guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal. Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada, por ora, a divisão de guarda dos cães para que ambos litigantes desfrutem da companhia dos animais. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do art. 300 do CPC configurados. Decisão reformada.*

*Recurso provido. (TJ-SP – AI: 22074432320198260000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000, Relator: J, B Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/01/2020)“.*

Conforme se verifica, os animais tem sido considerados pela jurisprudência como seres sencientes, situação que lhes resguarda mais proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro, que tem avançado para ampliar a cada dia mais os seus direitos no Brasil.

### **Considerações Finais**

Ao longo de toda a história, os animais estiveram presentes na vida do homem. Eles foram usados como meio de locomoção, como instrumento para carregar outros objetos, como entretenimento em zoológicos e também como cobaias em estudos científicos.

Tidos como coisa, segundo o Código Civil, com o passar dos anos, baseado no entendimento contido no artigo 225 da Constituição Federal, essa visão sofreu alteração. Um movimento de proteção aos animais foi se tornando crescente na sociedade que debatiam os atos de maus tratos suportados pelos animais e praticados pelos seres humanos.

Esses questionamentos e as mudanças culturais embasaram uma evolução legislativa no tocante à proteção aos animais, de modo que várias condutas antes aceitas passaram a ser proibidas e inclusive tipificadas como crimes. O artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 pune quem pratica esses atos em detrimento dos animais.

No último dia 29 de setembro de 2020 foi sancionada a Lei 14.064/2020, que alterou a Lei de Crimes Ambientais e aumentou a pena de maus tratos e abandono de dois a cinco anos de reclusão, além da multa e a proibição de guarda para aquele que cometer o ilícito contra cães e gatos (BRASIL, 1998).

Além disso, tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei que altera a natureza jurídica dos animais e reconhecem a sua qualidade *sui generis* de seres sencientes, assim compreendidos aqueles que possuem sentimentos, que devem ser protegidos, em atenção ao precedente proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2018.

Assim sendo, conclui-se que a proteção aos animais está resguardada no direito brasileiro na esfera cível e criminal e tem sido ampliada sua discussão por meio de novos projetos de lei em tramitação nas casas legislativas. A criação de novas

leis é resultado da evolução cultural que desencadeou um avanço legislativo nos últimos anos e abriu caminho para a caracterização legal do animal como ser senciente, que não pode ser submetido a dor e sofrimento causado por seres humanos.

## Referências

AGRESSOR do cachorro Sansão será julgado em vara criminal. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-05/cachorro-sansao-justica-comum>>. Acesso em: 06 out. 2020.

ALMEIDA, Jeovaldo da Silva Almeida. **Proteção aos animais**. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/protecao-aos-animais/>>. Acesso em: 06 set. 2020.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado** – 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020. **Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14064.htm#art2)>. Acesso em: 06 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em 04 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. STJ – Resp: 1713167 SP 2017/0239804-9, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 19/06/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 09/10/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635855286/recurso-especial-resp-1713167-sp-2017-0239804-9>>. Acesso em: 08 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP – AI: 22074432320198260000 SP 2207443-23.2019.8.26.0000, Relator: J, B Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/01/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894456431/agravo-de-instrumento-ai-22074432320198260000-sp-2207443-2320198260000?ref=serp>>. Acesso em: 09 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. TJ-SP – AI: 20732780520208260000 SP 2073278-05.2020.8.26.0000, Relator: Jair de Souza, Data de Julgamento: 02/06/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/06/2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/854615963/agravo-de-instrumento-ai-20732780520208260000-sp-2073278-0520208260000?ref=serp>>. Acesso em: 09 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS - Agravo de Instrumento, nº 70082459553 RS, Relator: sergio Luiz Grassi Beck, Data de Julgamento: 13/11/2019, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 20/11/2019. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/797242892/agravo-de-instrumento-ai-70082459553-rs?ref=serp>>. Acesso em: 09 out. 2020.

**CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 6054/2019 (nº anterior: PL 6799/2013).** Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 09 out. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial, volume 4.** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CFMV. Conselho Federal de Medicina Veterinária. Resolução nº 1.236, de 28 de outubro de 2018. **Define e caracteriza crueldade, abuso e maus-tratos contra animais vertebrados, dispõe sobre a conduta de médicos veterinários e zootecnistas e dá outras providências.** Disponível em: <[https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637#:~:text=%C2%A71%C2%B0%20%2D%20O%20m%C3%A9dico,psicol%C3](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47542721/do1-2018-10-29-resolucao-n-1-236-de-26-de-outubro-de-2018-47542637#:~:text=%C2%A71%C2%B0%20%2D%20O%20m%C3%A9dico,psicol%C3)>

%B3gicas%20e%20ambientais%20das%20esp%C3%A9cies.>. Acesso em: 03 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil 1: esquematizado, parte geral: obrigações e contratos**; Coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Neidiane Lima dos Santos de. **Guarda compartilhada de animais de estimação no caso de dissolução conjugal**. Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/2semestre2019/pdf/NeidianeLimaDosSantosdeOliveira.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/pdf/NeidianeLimaDosSantosdeOliveira.pdf)>. Acesso em: 04 out. 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Bruxelas, Bélgica. 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

SANTOS, Rafa. Bolsonaro sanciona lei de proteção a animais e promete corrigir distorção punitiva. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-29/bolsonaro-sanciona-lei-protecao-animais-cria-distorcao>>. Acesso em: 06. out. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 27/2018 (nº 6799/2013, na Câmara dos Deputados)**. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1595008423207&disposition=inline>>. Acesso em: 09 out. 2020.

TITAN, Rafael Fernandes. **A lei de crimes ambientais no direito processual penal brasileiro**. Âmbito Jurídico, publicado em 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-lei-de-crimes-ambientais-no-direito-processual-penal-brasileiro/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

NOTAS:

[1] Professor Me. Orientador do Curso de Direito da Universidade de Gurupi (UnirG), Gurupi/TO



## **A IMPORTÂNCIA DA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA**

**MICHELE BRANDÃO COELHO:** Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

**MURILO BRAZ VIEIRA** 1

(orientador)

**RESUMO:** A fim de demonstrar a importância da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, essa pesquisa se desenvolve com atenção as mudanças trazidas pela Lei nº 13.467/2017, da Reforma Trabalhista. Nessa ótica, buscou-se analisar os instrumentos coletivos e os reflexos nos contratos de trabalho, bem como o papel da entidade sindical na garantia individual dos direitos trabalhistas. A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória, mediante o estudo bibliográfico da nova legislação trabalhista e dos entendimentos doutrinários, conceituais e jurisprudenciais que versam sobre o tema. A discussão se inicia com a elucidação do papel dos sindicatos nas negociações coletivas após o advento da Constituição Federal de 1988 e os princípios asseguradores, passando para a conceituação e diferenciação dos instrumentos coletivos de trabalho e sendo finalizado com os limites impostos para negociar. Por fim, a conclusão retratou sobre a efetividade dos sindicatos para tratar da negociação coletiva, em prol de melhorias, com uma política mais justa e solidária nas relações de trabalho, observando sempre as garantias constitucionais, e adequando a realidade econômica de cada local.

**Palavras-chave:** Negociação Coletiva; Prevalência do Negociado; Sindicatos.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. O papel dos sindicatos nas negociações coletivas após a Constituição Federal de 1988; 2.1 Princípio da interveniência sindical na normatização coletiva; 2.2 Princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva; 3. Os instrumentos das negociações coletivas; 3.1 Negociações Coletivas; 3.2 Convenção Coletiva; 3.3 Acordo Coletivo; 4. Limites da negociação coletiva. 5. Conclusão. 6. Referências.

### **1. INTRODUÇÃO**

---

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogado e Professor da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

O presente artigo tem como intuito analisar a importância da participação dos sindicatos nas negociações coletivas com as mudanças trazidas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, comumente conhecida como Reforma Trabalhista, principalmente no que tange a garantia dos direitos dos trabalhadores.

Dessa forma, o artigo abordará detalhadamente sobre o papel dos sindicatos nas negociações coletivas após a Constituição Federal de 1988, e os reflexos das negociações coletivas nos contratos individuais de trabalho, com enfoque na atuação sindical, essencialmente no que pese sua fragilização após o advento da reforma trabalhista.

Ainda, pretende demonstrar a relevância da intervenção sindical nas negociações coletivas para garantia dos direitos trabalhistas, e os reflexos de tais alterações para os trabalhadores sem a sua participação.

A justificativa da temática evidenciada se baseia na luta dos sindicatos para a garantia das conquistas trabalhistas, mas com a Lei 13.467/2017 eles acabaram perdendo forças, essencialmente no que tange a garantia dos direitos individuais perante a homologação das verbas rescisórias, que não é mais obrigatório ser realizada por uma entidade sindical, podendo ser feita na própria empresa, sendo assim, faz se necessário a atuação sindical tanto nas negociações coletivas, bem como para assegurar direitos individuais, como por exemplo, a dispensa coletiva em massa, sem a participação do sindicato dos trabalhadores, o que resulta em um grande impacto na sociedade.

Dessa forma, surge uma necessidade de realizar um estudo mais aprofundado referente aos aspectos apresentados, a fim de analisar o seu impacto na relação de trabalho.

Como metodologia, será realizado um estudo bibliográfico da nova legislação trabalhista e dos entendimentos doutrinários, conceituais e jurisprudenciais que versam sobre o tema, sendo, portanto uma pesquisa exploratória, uma vez que buscará um estudo e reflexão a respeito da asseguaração dos direitos dos trabalhadores com a participação dos sindicatos após a lei 13.467/2017.

O artigo foi dividido em três tópicos, de modo a evidenciar o papel dos sindicatos nas negociações coletivas após a Constituição Federal de 1988 com atenção aos princípios da interveniência sindical e da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, os instrumentos coletivos existentes no âmbito trabalhista, e os limites impostos diante da pactuação das negociações.



## **2. O PAPEL DOS SINDICATOS NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Os movimentos sindicais surgiram no Brasil no final do século XIX e início do século XX, porém foi apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que os sindicatos ganharam bastante visibilidade, em detrimento à luta por melhorias nas condições de trabalho, principalmente por ser assegurado a partir da promulgação, a liberdade sindical, não podendo a lei exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, exceto para o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a intervenção na organização sindical.

Como prevê Gomes e Gottschaalk “os sindicatos são para nuclear relações jurídicas que se estabelecem com o grupo profissional, que surgem na sociedade ao lado e em interação com tantos outros grupos sociais, como os que têm base na arte, na política, etc.” (2011, p. 621). Neste sentido, representam uma coletividade, seja de empresas ou de trabalhadores, unida em busca de interesses em comum.

Carlos Henrique Bezerra Leite (2020, p. 832) define os sindicatos como “espécie do gênero associação, cuja missão precípua é a defesa dos interesses profissionais e econômicos dos que a integram”. Desse modo, os sindicatos profissionais possuem como atribuições a representação dos trabalhadores, a participação nas negociações coletivas e assistência aos integrantes da categoria, seja ela jurídica, judiciária, na manutenção de convênios, etc.

É de grande relevância enfatizar que conforme Jorge Neto e Jouberto Cavalgante (2017, p. 562) “o sindicato é personagem principal no encaminhamento e solução de problemas que atingem a categoria, realizando movimentos de operários, participando das negociações, levando soluções, etc.”.

Os sindicatos possuem natureza de direito privado, e são constituídos da assembleia, do conselho fiscal e da diretoria. Contudo, apenas os membros da diretoria é que detêm estabilidade sindical, e mesmo assim limitada a sete cargos (sete titulares mais sete suplentes), conforme preleciona a Súmula 369 do TST.

Conforme dispõe o artigo 8º da CF/88, “é livre a associação profissional ou sindical”, deixando claro que todos os cidadãos são livres para associarem a uma entidade sindical, seja ela profissional ou econômica. Ainda mais, determina o artigo 511 da CLT, “é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”, enfatizando a base da organização sindical.

É de conhecimento que os sindicatos desempenham uma importante função na defesa de melhores condições de trabalho, ocorre que, com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, da reforma trabalhista, acabaram ficando enfraquecidos, visto que a principal fonte de receita tornou-se facultativa, qual seja a contribuição sindical, causando um impacto nas entidades, e alguns acabaram fechando, mas outros tiveram que se reinventar para poderem ter mais associados e manter os já afiliados, e continuarem lutando por um trabalho mais justo, benéfico e com conquistas para a classe.

Outra importante alteração ocorrida com a reforma trabalhista foi em relação às rescisões contratuais, onde o art. 477, § 1º da CLT anterior a revogação estabelecia que “o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social”. Isto posto, agora as empresas não possuem mais a obrigatoriedade de formalizar a rescisão com o trabalhador nos sindicatos, podendo ser realizado na própria empresa, pois a homologação por uma entidade sindical não é mais obrigatória, pondo fim a imposição legal. Como bem observado por Ricardo Resende “a assistência à rescisão pode ser prevista em norma coletiva, porém não haverá que se falar, neste caso, em participação estatal no ato de assistência, pois a negociação coletiva não pode criar obrigação para terceiros” (2020, p. 777), restando claro que pode até ser cláusula de convenção, mas não como obrigação legal.

Além disso, a reforma trabalhista trouxe também alteração em relação às dispensas coletivas, tirando mais uma vez o poder dos sindicatos de proteger o trabalhador, pois antes só poderia realizar tal dispensa através de uma negociação coletiva, inclusive, era o entendimento que prevalecia nos Tribunais Superiores do Trabalho, contudo, foi acrescentado à CLT o art. 477-A, prevendo que dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical.

Sendo assim, todas essas modificações contribuem para que os sindicatos profissionais tenham mais dificuldades de negociarem nos instrumentos coletivos, cláusulas mais vantajosas para os trabalhadores.

## **2.1 Princípio da interveniência sindical na normatização coletiva**

Pelo princípio da interveniência sindical, os sindicatos dos trabalhadores devem participar obrigatoriamente na elaboração das normas coletivas – convenções e acordos, para que possa ter validade e equivalência entre os contratantes, uma vez

que a sua atuação permite uma melhor efetivação e transparência dos direitos negociados, além de alcançar a todos da categoria profissional.

Nesse sentido, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto Cavalgante abordam:

Pelo princípio da interveniência sindical na normatização coletiva, a validade do processo coletivo negocial passa pela participação da entidade sindical. No Direito Brasileiro, cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas (art. 8º, III, CF), sendo obrigatória sua participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI). (JORGE NETO; CAVALGANTE, 2017, p. 540)

Resta claro, portanto, como previsto no art. 8º, VI, da Constituição Federal de 1988, a compulsoriedade da participação das entidades sindicais nas negociações coletivas de trabalho, e a sua recusa gera uma convocação, como afirma César Reinaldo Offa Basile “os sindicatos ou as empresas recalcitrantes poderão ser convocados para uma mesa de negociações (também chamada “mesa-redonda”), no âmbito das Gerências Regionais do Trabalho – GRTs” (BASILE, 2018, p. 233).

## **2.2 Princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva**

A prevalência da autonomia da vontade está presente em todos os ramos do direito, e com o direito coletivo do trabalho não seria diferente. Dessa forma, o artigo 8º, §3º, da CLT estabelece que: “No exame de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, e balizará sua atuação pelo princípio da autonomia da vontade coletiva”, restando evidente a prevalência do ato de vontade.

Como bem elucidada Luciano Martinez:

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva baseia-se no mandamento nuclear segundo o qual os sujeitos das relações coletivas devem ter ampla liberdade para negociarem, observando apenas o núcleo essencial e intangível dos direitos trabalhistas mínimos. O magistrado não deve impedir o lícito desejar dos contratantes coletivos, mas, em nome disso, não pode, sob esse pretexto, fechar os olhos para violações aos direitos fundamentais ou ainda aos direitos de terceiros [...]. (MARTINEZ, 2020, p. 953)

Sendo assim, deve primar pela autonomia da vontade, mas sempre respeitando os elementos do negócio jurídico, sem ferir os direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

### **3. OS INSTRUMENTOS DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS**

Os instrumentos coletivos expressam e estipulam o que foi convencionado em negociação, e possibilita as partes criarem as suas próprias regras como é observado nos contratos de direito civil, e constituem nos principais mecanismos de autocomposição consensual das partes, visto que os interesses em comum irão prevalecer observados as garantias constitucionais. Segundo Luciano Martinez:

Entende-se por instrumento coletivo negociado todo documento que celebra o acertamento entre os sujeitos de uma relação coletiva de trabalho e que, por isso, põe fim, temporariamente, a um conflito entre eles existente. Tal ajuste, além de acabar com as contendas entre os sujeitos coletivos, estabelece condições aplicáveis às relações individuais de trabalho em caráter mais vantajoso do que aquele oferecido pela lei, desde que, evidentemente, essas condições supletivas não contrariem o interesse público. (MARTINEZ, 2020, p. 1018)

Sendo assim, as negociações coletivas estão presentes no nosso dia a dia em decorrência das inúmeras relações de trabalhos existentes, e ela surge justamente para alinhar interesses tanto dos empregadores, bem como dos trabalhadores, e tais instrumentos são necessários para normatizar essas relações, pautadas nas vontades acordadas.

E para as classes chegarem a um consenso, sempre com a intenção de preservar a relação de emprego, surge como um agente principal os sindicatos, que desempenham um papel de grande relevância na garantia e defesa dos direitos trabalhistas.

Dentro dessas negociações entabuladas pelas partes advêm dois instrumentos, sendo elas as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho. Cabe ressaltar que somente será celebrado por deliberação de uma assembleia geral de seus associados, convocada pelo sindicato, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acordo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos, nos termos do art. 612, da CLT.

O edital de convocação deve respeitar o prazo mínimo entre a publicação e a realização da assembleia, conforme OJ 35. A finalidade da assembleia é tratada por Pedro Paulo Teixeira Manus como:

O sindicato dos empregados convoca uma assembleia de seus associados, para discussão e aprovação da pauta de reivindicações a ser levada ao sindicato de empregadores. Nessa assembleia discute-se, também, a forma de encaminhamento das negociações, relativamente aos poderes conferidos aos membros da diretoria do sindicato de empregados para aceitação da proposta patronal, ou para submetê-las à aprovação daquela assembleia. De outra parte, reúnem-se igualmente os empregadores, por meio de assembleia de seu sindicato, para traçar seus próprios limites àquela negociação. Exatamente porque a convenção coletiva a ser celebrada é fruto de decisão de ambas as assembleias, é que a mesma passa a ter força de lei para todos os empregados e empregadores daquela categoria. Após aprovadas as reivindicações pelos empregados, aquela pauta é encaminhada ao sindicato dos empregadores, e tem início as negociações. (MANUS, 2015, p. 224-225)

Ou seja, a assembleia geral nada mais é que a discussão das pautas de reivindicações para serem acordadas e estipuladas nos instrumentos coletivos.

Com a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, a duração dos efeitos dos instrumentos coletivos também sofreu alteração, sendo, portanto, a partir de então vedado a ultratividade, ou seja, passado se dois anos, prazo máximo de vigência dos acordos e convenções, os mesmos perdem sua vigência, caso não tenha sido realizada nova negociação, inteligência esta do art. 614, § 3º da CLT, vejamos: “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

A partir disso, inicialmente, cabe esclarecer os conceitos e peculiaridades que englobam as negociações coletivas de trabalho, e após uma abordagem sobre os instrumentos que fazem parte desse processo.

### **3.1 Negociações Coletivas**

As negociações coletivas tratam-se da principal forma de solucionar os conflitos extrajudiciais no direito coletivo do trabalho.

Na doutrina de Luciano Martinez a negociação coletiva é conceituada como:

A palavra negócio provém de uma combinação de partículas egressas do latim, nec-, que revela uma negação + òtium, indicativo de ócio, folga, desocupação. Um negócio é, portanto, e em rigor, uma negação à desocupação, uma atitude, um fazer. A negociação é, então, uma ação, um procedimento por meio do qual dois ou mais sujeitos de interesses em conflito ou seus representantes, mediante uma série de contemporizações, cedem naquilo que lhes seja possível ou conveniente para o alcance dos resultados pretendidos (ou para a consecução de parte desses resultados), substituindo a ação arbitral de terceiro ou a jurisdição estatal. Quando essa atividade é desenvolvida no plano das relações coletivas de trabalho, a negociação é adjetivada, recebendo a qualificação de negociação coletiva. (MARTINEZ, 2020, p. 1016)

Neste contexto, é através das negociações que podemos estabilizar os conflitos nas relações de trabalho, visto que no processo cada um defende os seus interesses de forma a ficar menos oneroso para ambas as partes, e também luta por melhorias no trabalho.

Como aponta Resende “da negociação coletiva decorrerá um de dois resultados possíveis: a) se bem sucedida, firma-se instrumento coletivo de trabalho (ACT ou CCT); b) se frustrada, resta o ajuizamento de dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho” (RESENDE, 2020, p. 1171).

### **3.2 Convenção Coletiva**

A convenção coletiva de trabalho é uma das mais importantes formas pelas quais ocorre a negociação, tendo previsão legal no art. 611 da Consolidação de Leis Trabalhistas que estabelece o seguinte:

Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Consolidação das Leis do Trabalho)

Desse modo, entende-se que dois sindicatos, um da empresa e o outro dos empregados, convencionam uma série de normas que vai reger a relação entre empresa e trabalhador, devendo toda a categoria pertencente seguir o acordado.

Como aponta Ricardo Resende:

A convenção coletiva de trabalho contém tanto regras jurídicas quanto cláusulas contratuais. As regras jurídicas são, no caso, todas aquelas capazes de gerar direitos e obrigações além do contrato de trabalho, na respectiva base territorial. Exemplo: fixação do adicional de horas extras superior ao mínimo legal; estabelecimento de pisos salariais; criação de novas garantias de emprego. Por sua vez, cláusulas contratuais são aquelas que criam direitos e obrigações para as partes convenientes, e não para os trabalhadores. Exemplo: cláusula que determina à empresa a entrega, ao sindicato dos trabalhadores, da lista de nomes e endereços de seus empregados. (RESENDE, 2020, p. 1150)

Assim, as normas acordadas em convenção coletiva valerão para toda categoria profissional representada, não apenas para um grupo em específico, pois tal particularidade trata-se do acordo coletivo de trabalho, como veremos a seguir.

### **3.3 Acordo Coletivo**

Este instrumento coletivo trata-se de uma negociação realizada entre o sindicato representativo da categoria profissional e uma ou mais empresas, a fim de proporcionar melhores condições para os trabalhadores.

O acordo coletivo está previsto no art. 611, §1º da CLT, com o seguinte texto:

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Consolidação das Leis do Trabalho)

Dessa maneira, o acordo surge com o intuito de fazer com que a empresa cumpra com as situações de melhorias acordadas e negociadas, sem que precise da participação do seu sindicato representante.

Segundo Resende (2020, p.1176) “os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar acordo coletivo de trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao sindicato representativo da categoria profissional”, portanto, a entidade tem que ter anuência do acordo para assumir a direção dos interesses pretendidos.

Em relação ao acordo e a convenção coletiva, Resende dispõe:

O acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho contêm tanto regras jurídicas quanto cláusulas contratuais. As regras jurídicas são, no caso, todas aquelas capazes de gerar direitos e obrigações além do contrato de trabalho, na respectiva base territorial. Exemplo: fixação do adicional de horas extras superior ao mínimo legal; estabelecimento de pisos salariais; criação de novas garantias de emprego. Por sua vez, cláusulas contratuais são aquelas que criam direitos e obrigações para as partes convenientes, e não para os trabalhadores. Exemplo: cláusula que determina à empresa a entrega, ao sindicato dos trabalhadores, da lista de nomes e endereços de seus empregados. A jurisprudência admite a instituição de multa convencional em instrumento coletivo de trabalho, ainda que se refira ao descumprimento de cláusula que constitua mera repetição do texto legal. (RESENDE, 2020, p. 1150)

Vale lembrar que após a Lei nº 13.467/2017, o artigo 620 da CLT prevê que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Desse modo, exemplifica Gustavo Cisneiros:

Digamos que a convenção coletiva preveja um ticket alimentação mensal de R\$ 300,00. Determinada empresa, que passa por notórias dificuldades, procura o sindicato da categoria profissional, e, mediante negociação coletiva, firma um acordo coletivo de trabalho que estipula ticket alimentação mensal de R\$ 200,00. Os empregados da referida empresa passarão a receber o novo ticket, menor do que o previsto em CCT. A prevalência do acordo coletivo de trabalho não será afetada pela cronologia das normas. Expliquemos. Se existir uma convenção coletiva e posteriormente for firmado um acordo coletivo, este prevalecerá sobre aquela. Se existir um



acordo coletivo e posteriormente for firmada uma convenção coletiva, aquele prevalecerá sobre esta. (CISNEIROS, 2018, p. 235)

Restando evidente que o acordo sempre prevalecerá, independente de qual seja a norma mais favorável ao trabalhador.

Como exposto anteriormente os acordos e convenções coletivas para serem negociados precisam da participação dos sindicatos, contudo excetua-se no caso de empregados com "superpoderes", ou seja, aqueles portadores de diploma de nível superior, e que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, conforme artigo 444, parágrafo único, da CLT.

#### **4. LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

Como exposto, é de entendimento que a negociação coletiva é pautada na autonomia da vontade, onde as partes estipulam suas próprias regras, mas evidentemente, respeitando as garantias constitucionais e também o trabalhador por ser a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

Neste contexto, a negociação coletiva possui limites, que devem ser observados com base nas seguintes premissas, segundo Ricardo Resende:

[...] a norma coletiva, em regra, poderá ampliar os direitos trabalhistas em relação à legislação heterônoma, salvo em relação a normas proibitivas estatais, e pode transacionar direitos de indisponibilidade apenas relativa, e não aqueles de indisponibilidade absoluta. (RESENDE, 2020, p. 1161)

Dessa forma, sempre deve verificar o que é assegurado e proibido nos moldes da Constituição Federal, especialmente no sentido de proteger a dignidade do trabalhador. Não se pode negociar, por exemplo, direitos que venha ferir a honra e a imagem do trabalhador.

Em relação aos direitos de indisponibilidade absoluta, temos que são os direitos relativos à saúde e segurança do trabalhador, à proteção de sua dignidade e do mínimo existencial (RESENDE, 2020, p. 1179), na qual não poderão ser negociados.

No que diz respeito aos direitos de indisponibilidade relativa, que podem ser negociados e previstos na norma coletiva, trata-se daqueles considerados expressamente por lei, como irredutibilidade de salário, e os que assim se qualificam por sua própria natureza, não constituindo o núcleo essencial dos direitos

trabalhistas, como as modalidades de pagamento salarial, caso não haja vedação. Vale mencionar que essa possibilidade de modulação, para ser prevista e tornada válida em cláusula de ACT ou CCT é somente com a participação da entidade sindical.

Luciano Martinez elucida em sua obra de forma bem didática sobre cláusula em instrumento coletivo contendo direito proibido em lei, exemplificando com um caso prático, como podemos verificar a seguir:

Assim, se houver discussão entre o conteúdo de um instrumento coletivo negociado e o de uma lei proibitiva, há de prevalecer o comando contido nesta. Ilustrativamente, tome-se um exemplo fundado no dispositivo constante do caput do art. 390 da CLT, segundo o qual “ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”. Pois bem. Esse dispositivo não permite que o empregador se valia da autonomia privada para dispor de forma diferente daquela contida no dispositivo legal, pois é proibida conduta que não esteja inserida nos contornos da referida norma. Exatamente por isso é que o art. 611-B, XVII, da CLT considerou fora dos limites da negociação as “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”. Essas normas estabelecem restrições ou proibições para reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Logo, são inegociáveis. (MARTINEZ, 2019, p. 1011-1012)

Por isso, a vontade coletiva deve ser levada em consideração, mas não deve violar os direitos laborais mínimos protegidos por lei.

Por tudo posto, baseado aos limites impostos para acordar melhores condições de trabalho, surgiu com a Lei 13.467/2017, da reforma trabalhista, o fortalecimento da negociação coletiva, em detrimento a prevalência do negociado sobre o legislado, restando claro que predomina a vontade coletiva, e não a negociação isolada de um empregado com o empregador.

No que tange a negociação coletiva, o TST entende o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. A jurisprudência desta Corte admite

a flexibilização da base de cálculo das horas extras, por norma coletiva, mediante o pagamento de adicional normativo superior ao legal, por ser mais vantajoso ao empregado. Na hipótese, a norma não fere preceito de ordem pública e observa o critério das concessões recíprocas. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido" (AIRR-100960-90.2016.5.01.0020, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 06/03/2020).

Por conseguinte, além das flexibilizações previstas na CLT após a reforma, o Tribunal Superior do Trabalho entende que também pode haver quando a norma coletiva prevê cláusula mais vantajosa ao trabalhador.

Sendo assim, a alteração trazida pela referida lei, acrescentou à CLT os artigos 611-A e 611-B, que trata sobre quando a convenção coletiva e o acordo coletivo tem prevalência sobre a lei, e as vedações em relação às supressões ou reduções nas negociações, ou seja, não poderá suprimir ou reduzir direitos, mas poderá flexibilizar para ampliar as garantias previstas dos trabalhadores, mediante acordo ou convenção.

Desta maneira, conforme está previsto no artigo 611-A, temas como intervalo intrajornada, trabalho intermitente, modalidade de registro de jornada, enquadramento do grau de insalubridade, teletrabalho, entre outros, podem ser objeto de flexibilização mediante acordo e convenção coletiva de trabalho, significando dizer que a norma coletiva prevalecerá sobre a lei, seja ela mais favorável ou não, pois prevalece a vontade coletiva entre as partes da relação.

É de grande relevância salientar que não é necessário contrapartida nas negociações coletivas, como estabelece o art. 611-A, § 2º e § 3º, da CLT:

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. (Consolidação das Leis do Trabalho)

Logo, poderá haver uma redução do salário do trabalhador, e conseqüentemente sua jornada, lembrando que nesse caso a participação da entidade sindical é obrigatória, mas quando isso vier a ocorrer os trabalhadores devem ter os seus empregos garantidos durante a vigência do instrumento. É importante deixar claro, que medidas como estas ocorrem em período de crise econômica, fazendo com que os empregos sejam mantidos.

No tocante ao artigo 611-B da CLT, que põe um freio na autonomia da vontade coletiva, temos uma relação de direitos cuja supressão ou redução constitui objeto ilícito de instrumento coletivo de trabalho, ou seja, convenção ou acordo coletivo não podem estabelecer cláusulas com a supressão ou a redução de tais direitos.

Podemos destacar no rol, a proibição de negociar cláusula coletiva visando a supressão ou redução dos seguintes direitos: remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, dentre outras.

Isto quer dizer que, se determinada convenção coletiva de trabalho estipular em cláusula que a remuneração das horas extraordinárias será de 40% (quarenta por cento) à do normal, ou até mesmo sobre a licença maternidade sendo por um período de 90 (noventa) dias, tal instrumento coletivo apresentará objeto ilícito, pois conforme o art. 611-B, incisos X e XIII, da CLT, é vedada a remuneração do serviço extraordinário, conhecido como horas extras, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal, e a licença maternidade inferior ao período de 120 (cento e vinte) dias.

Com base o apresentado, no ano de 2019 o Tribunal Superior do Trabalho (2019, [s.p.]) entendeu que prevalecerá a vontade negociada sobre a lei, desde que a cláusula não seja ilícita, vejamos:

**RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. CLÁUSULA DE ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. HOMOLOGAÇÃO DAS RESCISÕES DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO FEITAS POR UM DELEGADO SINDICAL AUTORIZADO PELO SINDICATO DA CATEGORIA. É cediço que a autonomia de vontade**

assegurada pelo reconhecimento das convenções e acordos coletivos previstos no artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988, encontra limite nas normas heterônomas de ordem cogente, que tratam de direitos indisponíveis. Nesse contexto, um dos fundamentos motivadores da reforma trabalhista foi o fortalecimento da negociação coletiva. O artigo 611-A da CLT encerra um rol exemplificativo de temas que podem ser objeto de negociação ao dispor que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre as matérias elencadas nos quinze incisos do referido artigo. Já em relação ao artigo 611-B da CLT, ao utilizar o termo "exclusivamente", foi especificado o rol das matérias que não podem ser objeto de negociação porque compreendem direitos de indisponibilidade absoluta. Logo, apesar da nova redação do artigo 477 da CLT, não exigir mais que o pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de um ano de serviço, só seja válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade competente, nada impede, em relação a esse tema, a participação direta das partes na formulação de normas convencionais que lhes sejam mais benéficas, garantindo-lhes maior segurança à homologação e quitação de rescisão do contrato de trabalho ao dispor em cláusula de acordo coletivo que as homologações das rescisões de Contrato Individual de Trabalho, serão feitas por um Delegado Sindical autorizado pelo Sindicato da Categoria. Não estando elencado no rol taxativo do artigo 611-B da CLT como objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, não há que falar em exclusão de direito indisponível e a ocorrência de sérios prejuízos aos empregados, tão somente porque a legislação foi modificada para dar maior celeridade às rescisões contratuais. Recurso ordinário a que se nega provimento (RO-585-78.2018.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 16/08/2019).

Portanto, embora a partir da reforma trabalhista não haver mais a compulsoriedade de realizar a homologação da rescisão do trabalhador perante o sindicato da categoria, como já pontuado anteriormente, é notório que esta imposição pode ser objeto de instrumento coletivo, para que mantenha a

obrigatoriedade da homologação por uma entidade sindical. Em vista disso, conforme entendimento jurisprudencial, caso a norma coletiva estabeleça a obrigação da homologação das verbas rescisórias no sindicato, esta cláusula deverá ser cumprida, pois tem prevalência sobre a lei.

## **5. CONCLUSÃO**

Levando em consideração os apontamentos apresentados, temos que a negociação coletiva parte de uma vontade entre os agentes principais da relação de trabalho, qual seja, empregado e empregador, que são representados pelos seus respectivos sindicatos para pactuarem condições laborais, por meio de cláusulas econômicas e sociais, visando uma melhor adequação dos interesses pleiteados.

É de entendimento que o processo negocial serve para dar poderes às partes, mas no cenário que vivemos é necessário democratizar direitos, pois a realidade econômica de cada local é diferente, e deve-se moldar conforme as necessidades existentes. Por isso, é muito importante ter a participação efetiva da entidade sindical, ressaltando os atuantes, que lutam verdadeiramente para que os trabalhadores possuam o mínimo de proteção possível.

De fato, a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, da reforma trabalhista, fortaleceu a negociação e valorizou o princípio da autonomia da vontade coletiva, que por um lado deixa a possibilidade de limitação e supressão de direitos, mas por outro, possibilita que as partes tenham mais liberdade para adequar as suas obrigações e regimentar os direitos trabalhistas à classe.

Nesse sentido, em relação a alteração que permite flexibilizar para ampliar os direitos, é de grande relevância ressaltar que sempre deve ser observado as garantias elencadas na Constituição Federal, que não podem ser violadas, pois assim assegura uma melhor efetividade dos direitos trabalhistas.

Embora o negociado prevaleça sobre o legislado e a reforma trabalhista ter dado bastante visibilidade às negociações coletivas, é notório que a classe patronal tem-se mostrado bastante resistente para negociar as convenções coletivas, visto que em detrimento dos fatos mencionados, como a contribuição sindical não possui mais caráter compulsório, acredita-se que os sindicatos estejam enfraquecidos, e dessa forma dificultam a sua atuação.

Nesse viés, cabe mencionar a respeito da importância do sindicato nas negociações coletivas, uma vez que sua atuação resulta no fortalecimento da classe trabalhadora, e desenvolve um papel fundamental para melhorar as condições de trabalho para os empregados.

Sendo assim, é tendencioso que futuramente os sindicatos passem por uma mudança no sentido de defender apenas os filiados, e não toda categoria, uma atuação seletiva, visto que muitos não reconhecem o seu papel de defesa dos interesses coletivos, o que resultará em uma valorização das entidades sindicais, pois aqueles que buscam benefícios e melhorias para o trabalho com a participação dos sindicatos, as chances para obterem êxito são mais promissoras, constituindo em uma categoria mais forte e unida em prol das conquistas.

Dessa maneira, verificou-se ao longo do artigo como se dá a atuação dos sindicatos perante as negociações coletivas, identificando os instrumentos coletivos de trabalho, sobretudo após a Lei nº 13.467/2017.

Portanto, a negociação coletiva é uma iniciativa que contribui para diminuir os conflitos, e não prevalecer apenas o interesse de uma parte, mas sim dos dois polos, empregador e trabalhador, e com a representação dos sindicatos se dá maior segurança as relações pactuadas para o trabalho.

## 6. REFERÊNCIAS:

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do trabalho**: remuneração, duração do trabalho e direito coletivo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília: Senado Federal, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de ação anulatória de cláusula de acordo coletivo de trabalho**. Recurso Ordinário nº 585-78.2018.5.08.0000. Ministério Público do Trabalho da 8ª Região e Sindicato dos Trabalhadores em Turismo e Hospitalidade e Serra Sul Serviços Eireli. Relator: Caputo Bastos. 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/cf907207e5456fc371fe387895d832f7>>. Acesso em: 20 de out. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão de decisão que negou provimento ao pedido de descabimento da base de cálculo para horas extras previstas em negociação coletiva**. Agravo de Instrumento nº AIRR-100960-90.2016.5.01.0020.

Cleiton Jacinto de Oliveira e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Alberto Bresciani. 04 de março de 2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/5d11650da1819aee89e6de72c0500b76>>. Acesso em: 29 de out. 2020.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do Trabalho Sintetizado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALGANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PEREIRA, José Matias. **Manual de Metodologia da Pesquisa Científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.



## **DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**DAIANA MATHIAS:** Bacharelanda em Direito pela instituição de ensino, Faculdade Serra do Carmo – FASEC

KELLY NOGUEIRA DA SILVA GONÇALVES[1]

(orientadora)

**RESUMO:** Diante dos avanços da tecnologia, surge a necessidade de discussão quanto a manutenção da vida e a busca incessante da cura, mesmo na situação em que a morte é inevitável, que em alguns casos pode prolongar o sofrimento do paciente e dos familiares, violando o direito a autonomia privada, dignidade da pessoa humana e a proibição a tratamento desumano. O presente artigo conceitua as diretivas antecipadas de vontade e aborda a necessidade de sua regulamentação na legislação brasileira, fazendo uma análise entre o aparato jurídico encontrado na legislação atual e a resolução do Conselho Federal de Medicina, como forma de demonstrar a importância do reconhecimento da autonomia de vontade do paciente e a proteção jurídica do profissional de saúde.

**Palavras-chave:** Autonomia, Diretivas Antecipadas de Vontade, Testamento Vital, Mandato Duradouro

**ABSTRACT:** In view of advances in technology, there is a need for discussion regarding the maintenance of life and the incessant search for a cure, even in the situation where death is inevitable, which in some cases may prolong the suffering of the patient and family, violating the right private autonomy, human dignity and the prohibition of inhuman treatment. This article conceptualizes the advance directives of will and addresses the need for its regulation in Brazilian legislation, making an analysis between the legal apparatus found in the current legislation and the resolution of the Federal Council of Medicine, as a way to demonstrate the importance of the recognition of autonomy patient's will and the legal protection of the health professional.

**Keywords:** Autonomy, Advance directives of will, Living will, Lasting mandate

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Surgimento e Conceito das Diretivas Antecipadas de Vontade – 2.1 Mandato Duradouro – 2.2 Testamento Vital – 3. Aspectos Bioéticos da Terminalidade de Vida – 3.1 Eutanásia – 3.2 Distanásia – 3.3 Ortotanásia – 4. Implementação de Legislação Específica – 5. Atual Entendimento Jurisprudencial – 6. Considerações Finais – 7. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

Pretende-se com o presente trabalho salientar a necessária regulamentação das Diretivas Antecipadas de Vontade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que não há lei específica que discipline a questão.

Em virtude disso, a presente metodologia utilizada foi exploratória e explicativa, sendo direcionada pelo método de pesquisa documental e bibliográfica, através da utilização de consulta a legislação, doutrinas, artigos e jurisprudências referente as diretivas antecipadas de vontade no Brasil.

No primeiro capítulo, há a explanação do conceito, do surgimento e das principais formas de diretivas antecipadas de vontade, no segundo capítulo serão abordados os aspectos bioéticos e as questões que envolvem a terminalidade de vida e por fim, o estudo concentra-se na possibilidade de implementação de uma legislação específica, o aparato jurídico que dispõe nossa legislação sobre o tema e uma explanação do atual entendimento jurisprudencial.

Busca-se, portanto, elencar as necessidades abarcadas pelo tema, desde o olhar para o paciente, quanto pessoa de direitos até a preocupação com o profissional da saúde.

## **2 SURGIMENTO E CONCEITO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE**

Com o avanço da tecnologia, a ligação de médico e paciente vem sofrendo diversas alterações. No início essa relação consistia na ideia de que o médico era o detentor de conhecimento e que o mesmo era quem tinha o poder e liberdade para decidir, conforme seu conhecimento técnico, como seria o tratamento ou cuidado do paciente. Já na metade do século XX, essa relação começou a sofrer mudanças e a ideia de que o médico precisaria do consentimento do paciente para realizar o tratamento médico, ganhou força.

Durante a Segunda Guerra Mundial, com os experimentos humanos, surgiram os debates sobre a necessidade do consentimento antecipado do paciente para a realização de procedimento médico, tornando-se em 1947, norma jurídica, a partir do conjunto de princípios que regem a pesquisa com seres humanos, conhecido como o Código de Nuremberg[2], e mais tarde, em 1964, tornou-se norma ética com a Declaração de Helsinque[3], desenvolvido pela Associação Médica Mundial para fornecer orientações aos médicos partícipes de pesquisas que envolvem seres humanos.

Surge a partir de então a bioética e a evolução da tecnologia a favor da preservação da vida e dos direitos humanos e em 1969, foi publicado o primeiro artigo sobre direito de morrer, pelo advogado norte-americano, Luiz Kutner, onde defendeu a ideia de que o paciente é livre para decidir sobre que tipo de tratamento médico deseja receber ao término de sua vida, quando tratar-se de impossibilidade de cura.

Kutner defendia a ideia de que um documento seria o necessário para garantir que os desejos do paciente seriam respeitados, desde que observadas as normas éticas da medicina, o que também evitaria a responsabilidade civil e criminal dos médicos, caso ocorresse a morte do paciente.

Nas palavras de Luciana Dadalto, Luiz Kutner, estabeleceu algumas orientações para o documento chamado de Living will:

- (i) o paciente capaz deixaria, por escrito, sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; (ii) a vontade manifestada pelo paciente no living will se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; (iii) esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; (iv) deveria ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo tratado; e (v) poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência. (2015, p. 26)

Na década de setenta, começaram a surgir outros documentos que são chamados de diretivas de vontade. Como espécies clássicas desse instituto têm-se o mandato duradouro e o testamento vital, legalizados pela lei norte americana, denominada Patient Self Determination Act de 1991. Depois de positivada essa lei, novas espécies de diretivas antecipadas começaram a surgir e por isso é importante ressaltar que quando se fala de diretivas antecipadas de vontade, trata-se de elaboração de documento específico para cada situação e não necessariamente de terminalidade de vida.

No Brasil as Diretivas Antecipadas de Vontade já são aplicadas mesmo não dispondo de uma lei específica que regulamente o instituto. A resolução 1995/2020 do Conselho Federal de Medicina as conceitua como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que

quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade". (2012, p.1)

Importante ressaltar que as diretivas antecipadas devem respeitar o ordenamento jurídico vigente, bem como não ser contrária ao que diz a ética médica sobre a patologia do paciente.

## 2.1 MANDATO DURADOURO

O Mandato Duradouro é uma das formas de diretivas antecipadas de vontade e diz respeito a nomeação de um mandatário (responsável legal ou curador para o cuidado da saúde) que será responsável pelas decisões referentes a tratamento ou procedimento a qual venha ser submetido o paciente em caso de incapacidade temporária ou definitiva e que não tenha deixado manifestação prévia.

Cabe ao mandatário verificar as ações de iniciativa médica e analisar a vontade do paciente para tomar a melhor decisão, representando o desejo do indivíduo incapacitado.

## 2.2 TESTAMENTO VITAL

O Testamento Vital é um documento pelo qual é expressa previamente a vontade do indivíduo sobre a sujeição ou não a tratamento ou procedimento médico a qual venha ser necessário em caso de incapacidade causada por doença incurável ou em caso de estado de terminalidade, ou seja, quando o mesmo não puder se manifestar sobre seus desejos quanto a cuidados médicos.

É importante salientar que o testamento vital não pode ser confundido com o testamento sucessório, enquanto o testamento vital é ato jurídico que produz efeitos em vida, o testamento sucessório produz efeitos post mortem e versa sobre questões patrimoniais.

## 3. ASPECTOS BIOÉTICOS NA TERMINALIDADE DE VIDA

A bioética na terminalidade de vida versa sobre finitude e para melhor entendimento é importante abordar os princípios que regem a bioética, são eles o princípio da autonomia, beneficência, não maleficência e justiça.

O princípio da autonomia remete ao poder de decisão que cada indivíduo tem sobre si, mas que é limitada em alguns casos a fim de que se possa evitar dano a outrem e pode ser violada quando o bem coletivo estiver acima do bem individual.

Cabe ao profissional de saúde, compreender e respeitar a autonomia do seu paciente, assegurando que o mesmo seja informado tecnicamente sobre o caso para uma melhor orientação, sem que o profissional se use de influência na tomada de decisão do paciente.

O princípio da beneficência tem relação com o comprometimento de ajudar o outro, ou seja, fazer o bem a partir da análise do ponto de vista do bem estar humano e da saúde, é a obrigação ética de aumentar os benefícios e diminuir o dano e o princípio da não-maleficência destaca essa responsabilidade de se causar o menor dano possível, não fazer mal e em todo tratamento deve-se levar em consideração esse bem estar do paciente, analisando as suas necessidades em todos os aspectos, sejam eles físicos, psicológicos, sociais e espirituais.

O princípio da justiça está alicerçado no conceito de equidade, tratar cada indivíduo de maneira imparcial, segundo suas necessidades e nessa situação evita-se a interferência de aspectos religiosos, sociais, financeiros ou outros que possam influenciar na relação médica e paciente.

Dentro desse contexto, a autonomia do paciente é a maior dificuldade da bioética no fim da vida, pois o conceito de vida é diferente para cada indivíduo, assim como em vários países existem diferentes conceitos de vida e de morte no âmbito da ciência.

Por fim, acerca do campo da bioética destaca Daisy Gogliano:

[...]toda e qualquer terapêutica médica tem por fundamento e por pressuposto o respeito à dignidade humana, na tutela de direitos privados da personalidade e na relação médico-paciente, em que sobreleva o direito ao respeito da vontade do paciente sobre o tratamento; o direito do doente ou enfermo à dignidade e à integridade (físico-psíquica); o direito à informação que se deve fundar no consentimento esclarecido; o direito à cura apropriada e adequada; o direito de não sofrer inutilmente, na proporcionalidade dos meios a serem empregados, na diferenciação que se impõe entre terapêutica ineficaz e terapêutica fútil, isto é, na utilização de uma terapia racional e vantajosa, que não conduza a uma terapia violenta e indigna. (1993, p.7)

Essas considerações corroboram para as diferentes situações de manifestação de vontade, como a Eutanásia, Distanásia e Ortotanásia, conceituadas a seguir.

### 3.1 EUTANÁSIA

A eutanásia é o termo utilizado nas situações de abreviação da vida sem dor, de uma pessoa, feita por um terceiro, a pedido do indivíduo e etimologicamente, deriva da expressão grega euthanatos (eu = boa + thanatos = morte).

Em alguns países a eutanásia é permitida e por isso a ação de abreviar a vida de alguém, não significa necessariamente a prática do crime de homicídio, diferente da legislação brasileira, na qual é tipificado no Código Penal no art. 121 "Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos".

Além da vedação pelo Código Penal, o Código de Ética médica dispõe:

NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA (RESOLUÇÃO 1.931/2009 do CFM)

É vedado ao médico:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

### 3.2 DISTANÁSIA

Enquanto na eutanásia tem-se a busca da abreviação da vida pelo indivíduo, a distanásia é o termo utilizado quando se fala em prolongamento artificial da vida, também chamado de obstinação terapêutica ou excesso terapêutico.

Na distanásia tenta-se de todas as formas por meio de tecnologia que a morte não aconteça, mesmo que o resultado seja a piora no sofrimento do paciente, contra sua vontade.

### 3.3 ORTOTANÁSIA

A Ortotanásia ou morte correta, como é conhecida, é o oposto da distanásia, ou seja, não se busca prolongar a vida de forma artificial, busca-se o bem estar do paciente:

É a síntese ética entre o morrer com dignidade e o respeito à vida humana, que se caracteriza pela negação da eutanásia (abreviação da vida) e da distanásia (prolongamento da agonia e do processo de morrer). A ortotanásia permite ao doente que se encontra diante da morte iminente e inevitável, bem como aqueles que estão ao seu redor – sejam familiares, sejam

amigos, sejam profissionais de saúde – enfrentar com naturalidade a realidade dos fatos, encarando o fim da vida não como uma doença para qual se deva achar a cura a todo custo, mas sim como condição que faz parte do seu ciclo natural. (PESSINE; BARCHIFONTAINE, 2008, p. 178)

Portanto, na ortotanásia, o paciente não é submetido a tratamento fútil, que objetiva apenas o prolongamento da vida, pelo contrário, suspende-se esse tipo de tratamento e assegura que desde que manifestada a vontade do paciente, lhe seja garantido cuidados paliativos para minimizar seu sofrimento.

#### **4 IMPLEMENTAÇÃO DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA**

No que concerne a implementação de legislação específica sobre as Diretivas Antecipadas de Vontade, não há ainda no ordenamento jurídico brasileiro lei que regulamente o instituto.

Atualmente existe um projeto de lei sobre testamento vital, proposto pelo senador Laiser Martins em 03 de abril de 2018, projeto de lei nº 149/2018, que objetiva suprir a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro no que tange as diretivas antecipadas de vontade.

Contudo, o tema encontra respaldo constitucional no princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III, corroborado pelos princípios da autonomia privada, legalidade e a proibição de tratamento desumano, constantes no artigo 5º, caput, II e III. Quanto ao respaldo legal, o mesmo encontra-se no artigo 15, do Código Civil Brasileiro, que dispõe: Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Encontra-se ainda a matéria, disciplinada no enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe:

As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar e autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito. (2014, p. 8)

E por fim a resolução nº 1.995/2012 do CFM regulamenta o posicionamento do Conselho Federal de Medicina, quanto as diretivas antecipadas de vontade e limita-se ao alcance de médicos e de outros profissionais de saúde.

A resolução nº 1.995 de 2012, do Conselho Federal de Medicina, dispôs sobre as diretivas antecipadas de vontade.

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade. Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. §1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico. §2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica. §3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares. §4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente. §5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Embora o reconhecimento das diretivas de vontade pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do enunciado 37 da I Jornada de Direito da Saúde e a resolução 1.995/2012 pelo Conselho Federal de Medicina, seja extremamente relevante, é de suma importância ressaltar que ambos fazem confusão quanto ao termo diretivas antecipadas de vontade.

O enunciado não cita a figura do responsável legal para cuidados de saúde, refere-se apenas aos cuidados e tratamentos médicos, limitando o conteúdo das diretivas antecipadas de vontade ao testamento vital.



A resolução do Conselho Federal de Medicina trouxe em suas disposições a regulamentação de somente parte do instituto, nomeando o testamento vital de diretivas antecipadas de vontade, dando a entender que se trata apenas de questões de terminalidade de vida.

## **5. ATUAL ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL**

Em pesquisa jurisprudencial acerca das demandas judiciais que envolvem diretivas antecipadas de vontade, notou-se que o atual entendimento do Poder Judiciário tem assegurado o direito a autonomia de vontade, conforme ementas exemplificativas a seguir.

CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. Há de se dar valor ao enunciado constitucional da dignidade humana, que, aliás, sobrepõe-se, até, aos textos normativos, seja qual for sua hierarquia. O desejo de ter a "morte no seu tempo certo", evitados sofrimentos inúteis, não pode ser ignorado, notadamente em face de meros interesses econômicos atrelados a eventual responsabilidade indenizatória. No caso dos autos, a vontade da paciente em não se submeter à hemodiálise, de resultados altamente duvidosos, afora o sofrimento que impõe, traduzida na declaração do filho, há de ser respeitada, notadamente quando a ela se contrapõe a já referida preocupação patrimonial da entidade hospitalar que, assim se colocando, não dispõe nem de legitimação, muito menos de interesse de agir. (Apelação Cível Nº 70042509562, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na

dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013)

(TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013)

A compreensão de como os tribunais estão interpretando o instituto das Diretivas Antecipadas de Vontade é fundamental e se acentua no momento em que a sociedade brasileira passa por inúmeras transformações, onde uma sociedade tradicional está evoluindo para uma sociedade contemporânea, globalizada e conectada à tecnologia. Desta forma, o Direito deve ser adequado à realidade e dar guarida às necessidades de cada pessoa, observado o ordenamento jurídico vigente. (MASSAROLI; FABRO, 2017, p. 2)

Conforme observação dos autores cumpre destacar a análise feita, no sentido de que não só o direito deve estar adequado a realidade dos indivíduos, bem como os profissionais da saúde, o que pode vir a ser concretizado com a regulamentação das DAV.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando a relevância da discussão sobre o tema, com o presente trabalho buscou-se expor a necessidade de uma norma que regule as diretivas antecipadas de vontade, mesmo que diante da falta de lei o documento não perca a sua validade.

Em decorrência dessa realidade, destaca-se que pode existir uma resistência na aplicação das DAV por parte dos profissionais da saúde, pois estão sujeitos a sofrer sanções diante da falta de segurança jurídica que as diretivas proporcionam, pela falta de lei que defina questões, como os limites de sua aplicação, como devem ser manifestadas as vontades, quem está apto a fazer um testamento vital ou ser procurador nos cuidados de saúde, entre outros questionamentos.

Em virtude disso, torna-se imperioso que o paciente e o profissional da saúde sejam resguardados quanto ao cumprimento das DAV, desde que observados os limites de cuidados médicos e de autonomia de vontade manifestada, e para isso, é essencial que sejam regulamentadas tais diretrizes e que o tema seja amplamente divulgado, pois muitos profissionais da área da saúde e do Direito, não tem conhecimento sobre tais disposições.

Ademais, a aprovação de uma lei sobre diretivas antecipadas de vontade, pode facilitar o diálogo sobre manifestações de vontade como a distanásia e ortotanásia, possibilitando que cada vez mais profissionais possam estar preparados para lidar com os questionamentos que abrangem a matéria, facilitando discussões sobre a morte digna.

Portanto, diante da certeza de vida finita e do conhecimento dos princípios que regem a dignidade humana, resta um questionamento: viver é um direito ou um dever?

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014** – São Paulo/SP. Disponível em: < [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS\\_APROVADOS\\_NA\\_JORNADA\\_DE\\_DIREITO\\_DA\\_SAUDE\\_%20PLENARIA\\_15\\_5\\_14\\_r.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf) > Acesso em: 16 set. 2020.

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

BRASIL. Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm)> Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Decreto Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) > Acesso em: 22 set. 2020

CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Código de Nuremberg**. Disponível em: < <http://bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. **Declaração de Helsinque**. Disponível em: < <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=4>>. Acesso em: 17 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). Resolução nº. 1.995/2012. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes**. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em: 16 set. 2020.

DADALTO, Luciana. História do Testamento Vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. 2015. **Mirabilia Journal**. Disponível em: < <https://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2020.

DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais: morte encefálica. **Bioética, Revista do Conselho Federal de Medicina**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, 1993. Disponível em: < [https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/493](https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/493)> Acesso em: 02 out. 2020.

MARCHI, Rita de. **Testamento vital (living will)**. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/48571/testamento-vital-living-will#:~:text=Assim%2C%20Kutner%20prop%C3%B4s%20um%20documento,as%20bases%20do%20testamento%20vital.>> Acesso em: 01 out. 2020.

MASSAROLI, Fábio; FABRO, Roni Edson. **As diretivas antecipadas de vontade na jurisprudência brasileira**. Migalhas: portal eletrônico de notícias, abr. 2017. Disponível em: < <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2017/4/art20170418-02.pdf>> Acesso em: 02 nov. 2020.

MELO, Juliana Nicolini de. **Diretivas Antecipadas de Vontade: a possibilidade jurídica de inclusão do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade

Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <[https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana\\_melo.pdf](https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/juliana_melo.pdf)> Acesso em: 28 out. 2020.

OLIVEIRA, Samuel Rodrigues de. **O testamento vital no Brasil e as dificuldades para sua legitimação**. 2017. Artigo científico – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: <<http://repositorio.ufjf.br:8080/jspui/bitstream/ufjf/6426/1/samuelrodriguesdeoliveira.pdf>> Acesso em: 28 out. 2020.

PEREIRA, José Matias. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. 4ª ed. São Paulo: Atlas 2019.

PESSINE, Léo. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul (OrgS.). **Buscar sentido e plenitude da vida: bioética, saúde e espiritualidade**. São Paulo: Paulinas, 2008.

Projeto de Lei do Senado nº 149, de 2018. **Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7653326&ts=1600968441794&disposition=inline>> Acesso em 12 set. 2020.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. **Apelação Cível Nº 70054988266**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&partialfields=n%3A70054988266.%28s%3Acivel%29&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70054988266.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris)>. Acesso em: 20 out. 2020.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. CONSTITUCIONAL. MANTENÇA ARTIFICIAL DE VIDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PACIENTE, ATUALMENTE, SEM CONDIÇÕES DE MANIFESTAR SUA VONTADE. RESPEITO AO DESEJO ANTES MANIFESTADO. **Apelação Cível Nº 70042509562**, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/06/2011. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa#main\\_res\\_juris](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa#main_res_juris)>. Acesso em: 20 out. 2020.

NOTAS:

[1] Especialista em Direito civil e Advogada. Professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

[2]Cf. CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. Código de Nuremberg. Disponível em: <<http://bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=2>>. Acesso em: 18 set. 2020.

[3]Cf. CENTRO DE BIOÉTICA DO CREMESP. Declaração de Helsinque. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=4>>. Acesso em: 17 set. 2020.

## AS REDES SOCIAIS, A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

**BEATRIZ HORRAYNE DA SILVA MOTTA:**

Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR.

**VANIA DA SILVA MACEDO[1]**

(coautora)

**FRANKLIN JONES VIEIRA DA SILVA[2]**

(orientador)

**Resumo:** O presente trabalho aborda sobre a proteção dos dados pessoais em redes sociais, e os limites que o poder judiciário tem para intervir a respeito dos crimes cometidos tanto nas redes sociais como em outros meios eletrônicos. Para isso, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, baseada em site eletrônicos de referência. Na pesquisa foi abordado sobre a lei Carolina Dieckmann, que foi um marco para o direito da privacidade íntima das pessoas na *internet*. Também, foi discutido a respeito dos crimes nas redes sociais e os vírus eletrônicos para obtenção os dados pessoa para vantagens indevidas. Por fim, percebeu-se que existe a necessidade de ampliação tanto das leis quanto do físico para apuração e apreensão dos fatos e assim dando maior celeridade ao poder judiciário. Além disso, a proteção da vida íntima e resguardo da imagem são fatores basilares para navegar com segurança e privacidade.

**Palavra-chave:** redes sociais, lei Carolina Dieckmann, direito civil, direito penal.

**Abstract:** The present work deals with the protection of personal data in social networks, and the limits that the judiciary has to intervene regarding crimes committed both on social networks and other electronic media. For this, the methodology used was bibliographic research, based on a reference electronic website. The research dealt with the Carolina Dieckmann law, which was a milestone for people's privacy on the internet. Also, it was discussed about crimes on social networks and electronic viruses to obtain personal data for undue advantages. Finally, it was realized that there is a need to expand both the laws and the physical to investigate and apprehend the facts and thus giving greater speed to the judiciary. In addition, the protection of intimate life and protection of the image are basic factors for safe and private browsing.

**Keyword:** social networks, Carolina Dieckmann law, civil law, penal law.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Hipótese. 3. Metodologia. 4. Dados da Pesquisa. 4.1. Redes Sociais e Atualidades. 4.2. A Influência das Redes Sociais no Cotidiano. 4.3. Crimes nas Redes Sociais. 4.4. Vírus Virtuais Para Obter Vantagens Indevidas e Acesso aos Dados Pessoais. 4.5. Lei Brasileira 12.737/2012. 4.6. A Necessidade de Ampliação do Poder Judiciário Como Forma de se Garantido os Direitos da Pessoa e Coletividade. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Para que uma pessoa se conecte a uma rede social, esta deve fazer um cadastro pessoal, por exemplo, ao cadastra-se no *Facebook*, *Whatsapp*, *Instagram* entre outros meios eletrônicos é necessário inserir informações como: nome completo, e-mail, idade, profissão entre outros dados pessoais. Assim, percebe-se que a partir do avanço tecnológico e da necessidade que as pessoas têm em se manterem conectadas, torna-se cada vez mais fácil a visualização dos dados pessoais na rede de internet.

Com o avanço tecnológico a sociedade ficou à mercê da criminalidade nas redes sociais, seja para a obtenção de vantagens em pecúnia, ou a exposição de imagem no aplicativos de comunicação. Tal fato, ocasionando uma exposição, afinal o que é posto nas redes sociais não se apaga tão facilmente como deveria ser.

O limite do poder judiciário no descobrimento desses crimes que ocorrem na *web*, ainda é lento. Existe uma população mundial interligada na rede de internet, e descobrir de quem está por trás do feito ainda é uma questão a ser discutida e modificada no nosso cenário brasileiro, uma vez que existem os *hackers* (criminoso virtual), que utilizam da programação para obter os dados pessoais.

Assim, a internet virou um meio de comunicação e de facilidades para a obtenção de vantagens indevidas por pessoas que agem de má-fé na era digital, violando assim, uma garantia fundamental do indivíduo que está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5<sup>a</sup> inciso XII da CF de 1988.

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996).



Diante do exposto, justifica-se este trabalho, pois o mesmo busca dar embasamento para fomentar a discussão acerca do tema: as redes sociais, a proteção dos dados pessoais e os limites da intervenção judicial. Além disso, ainda busca contribuir para o avanço das leis que beneficiam os usuários de redes sociais, contribui para analisar o atual cenário de leis e as possíveis modificações que podem vir a surgir no ordenamento jurídico Brasileiro.

Portanto, o problema de pesquisa é a mola propulsora para impulsionar o resultado final do trabalho. busca-se assim demonstrar a importância do poder judiciário na intervenção dos crimes cometidos em redes sociais, a partir dos dados pessoais que são expostos na *Web*, além de discutir qual o meio que o poder judiciário pode intervir nos crimes cibernéticos.

Além disso, O problema explana as seguintes questões: por quais fundações devem ser exigida ou não a autorização judicial para a extração de dados seja por correios eletrônicos ou por meio das redes sociais? O poder judiciário pode intervir na privacidade dos dados? Até que ponto outras pessoas/empresas podem-se acessar os dados pessoais de outrem?

Não somente estas perguntas serão respondidas no decorrer do trabalho, mas também serão catalogadas e questionadas de tal forma a obter respostas plausíveis do porquê.

Além disto, o presente trabalho buscar analisar a necessidade de ampliação do poder judiciário pela proteção dos dados pessoais em redes sociais. Buscar discutir sobre a privacidade dos dados pessoais, analisando os casos concretos e buscando discutir assuntos pertinentes ao tema.

## **2.HIPÓTESE**

Quando se pensa em redes sociais na atualidade imagina-se uma alterosa extensão de pessoas ligadas entre si, com programas essenciais para comunicação como: *e-mail, facebook, instragram, whatsapp* entre outros. Uma vez que, pode-se conversar e interagir com pessoas no mundo todo por meio das redes de comunicação, ficando-se conhecida como era digital do século XXI.

Segundo os dados de Manuel Castells (*apud* PINO E GONÇALVES, 2017), 50% (cinquenta por cento) da população adulta tem "smartphones" conectados à internet no ano de 2020 e cerca de 80% (oitenta por cento) no futuro terão um destes aparelhos, neste dados não englobam os celulares comuns que atualmente são 7,2 bilhões de unidades.

Os aparelhos eletrônicos, ganham cada vez mais a utilização das redes sociais no cotidiano das pessoas, que para muitos é um mecanismo indispensável em sua rotina. Atualmente, o uso das redes sociais (*facebook, Instagram, WhatsApp*, entre outras) ganha uma maior proporção, uma vez que, podem ser utilizadas não somente no lazer, mas também para o trabalho, devido a facilidade de comunicação. Por isso Ciribeli (2011 p.59) descreve bem tal afirmação:

[...] Jovens e adultos estão cada vez mais conectados às redes sociais online. Dentre os fatores que levam usuários a se cadastrarem, podem ser citados: entretenimento, facilidade em se comunicar e acessibilidade à informação. Entre os jovens, a rede social é mais utilizada do que o e-mail e essa é uma tendência também para as outras faixas etárias (CIRIBELI, PAIVA 2011 p.59).

Para que ocorra todo esse avanço, tornam-se necessário seus dados pessoais para a utilização das redes sociais, como: nome completo, *e-mail*, endereço, idade, profissão entre outros dados, com esse avanço tecnológico tornou-se cada vez mais fácil a visualização dos dados pessoais em redes sociais.

### **3.METODOLOGIA**

Em busca de atingir os objetivos propostos no presente trabalho e responder a hipóteses presentes, far-se-á uma pesquisa bibliográfica embasando em autores de grande referência para o tema.

Depois será feito um comparativo dentre os pontos divergentes tanto da doutrina majoritária brasileira como em outros países, para que assim, se possa compreender o tema.

Deste modo, buscar-se-á embasamento em trabalhos acadêmicos, sites oficiais, jurisprudência, código penal, código civil, constituição brasileira de 1988, entre outros que possam ser relevantes para este trabalho.

### **4.DADOS DA PESQUISA**

Este tópico apresenta os resultados da pesquisa a partir da metodologia que foi descrita, buscando responder os questionamentos e os objetos propostos.

#### **4.1 Redes sociais e atualidade**

Aproximadamente no ano de 1975 a rede de internet chegou ao Brasil, e foi conquistando seu espaço, fazendo com o que ela se torna-se essencial para a população (BENAKOUCHE, 1997). Com a ampliação da tecnologia por meio de

internet, as pessoas estão cada vez mais conectadas, interligando países e até mesmo continentes por meio da rede sociais. O mesmo autor ainda afirma que:

Em 1975, com a intensificação do uso de equipamentos de informática no país, o Ministério das Comunicações (Minicom) começou a se ocupar com a questão da transmissão eletrônica de dados, também chamada na época de teleinformática ou telemática (BENAKOUCHE, 1997).

Tal fato já era previsto, pois segundo Gomez e Back (2017) “a internet previa o rompimento das barreiras entre o produtor e o consumidor”. Ou seja, já era imaginado que a rede de internet interligaria a população.

Há quinze anos atrás, no ano de 2000, o sociólogo da Universidade de Chicago Andrew Abbott, em um visionário artigo denominado *Reflections on the Future of Sociology*, apresentou um conjunto de desafios para o futuro da sociologia. Um desses desafios estava diretamente relacionado com as transformações tecnológicas e a produção massiva de dados (NASCIMENTO, 2016 p.219).

Quando se pensa em redes sociais na atualidade imagina-se uma alterosa extensão de pessoas ligadas entre si, com programas essenciais para comunicação como: *e-mail, facebook, instragram, whatsapp* entre outros. Uma vez que, pode-se conversar e interagir com pessoas no mundo todo por meio das redes de comunicação, ficando-se conhecida como era digital o século XXI. Os autores De Mattos e Santos (2009) apontam que o:

Fenômeno da inclusão digital no Brasil nos primeiros anos do século XXI, quando houve sem dúvida uma forte expansão não somente do número de pessoas com acesso à internet, mas também do número de hosts na internet e também um aumento expressivo de uso da tecnologia da informação pelas empresas (DE MATTOS E SANTOS, 2009, p.03).

Pinheiro (2010, p.114) chama de Sociedade Digital, o atual cenário social em que as pessoas tem acesso a informações e também a comunicação entre elas, que possibilitam uma convergência de tecnologias e uma ampla comunicação.

A partir dos anos 90, no Brasil a tendência dos grupos sociais organizados se articularem em redes e criarem fóruns a partir dessas redes passou a imperar como

modismo, de um lado, e “exigência para sobrevivência”, de outro (GOHN, 2008, p.446).

Mesmo que inicialmente possa parecer leviano afirmar que a tecnologia determina a sociedade e vice-versa, o fato é que pensar sobre a estrutura social que se vivencia hoje, requer entender a sociedade a partir de seus avanços tecnológicos e liames históricos (CASTELLS, 1999, p. 44-45 *apud* LIMA, 2018, p.62).

Tornou-se cada vez mais nítido a necessidade que a internet tem para o mundo, com seus efeitos positivos, tomou seu espaço no trabalho, em escola, faculdade, facilitando a vida de cada um, do trabalhador, do estudante e tornando-se assim essencial para todos.

#### **4.2 A influência das redes sociais no cotidiano**

Atualmente, as redes sociais (*facebook, Instagram, whatsapp*, entre outras) podem ser utilizadas não somente para o lazer, mas também para o trabalho, uma vez que a população está mais conectada. Assim, com facilidade em se obter tanto internet quanto objetos conectados a ela, por exemplo, celulares, tablets, *smartfone*, notebook, entre outros, torna-se cada vez maior a expansão das redes sociais no cotidiano, que faz ser um mecanismo indispensável para as pessoas.

Além disso, vale ressaltar que Jorgetto e Cavalcanti (2018, p.36) deixam claro:

Entre os diversos direitos da personalidade, o direito à vida privada talvez seja aquele que mais sofreu abusos com o avanço da sociedade da informação, posto que foi naturalmente mitigado por conta da virtualização das relações sociais e da velocidade com que essas relações se transformaram (JORGETTO e CAVALCANTI, 2018, p.36).

Para que se conecte a uma rede social a outra, deve-se fazer um cadastro pessoal, ao cadastra-se no *facebook* por exemplo deve-se inserir informações como: nome completo, e-mail, endereço, idade, profissão entre outros dados pessoais. Assim, em meio a este avanço tecnológico torna-se cada vez mais fácil a visualização de dados pessoas em redes sociais.

Jovens e adultos estão cada vez mais conectados às redes sociais *online*. Dentre os fatores que levam usuários a se

cadastrarem, podem ser citados: entretenimento, facilidade em se comunicar e acessibilidade à informação. Entre os jovens, a rede social é mais utilizada do que o e-mail e essa é uma tendência também para as outras faixas etárias (CIRIBELI, PAIVA 2011, p.59)

A internet tornou-se um meio de comunicação e de influência para a sociedade no todo, na divulgação dos trabalhos pessoais, na divulgação de propagandas comerciais entre outro. No entanto a um cuidado a ser tomado, por exemplo, com as informações divulgadas por meio das redes sociais.

Araújo em seu trabalho de conclusão de curso define os crimes cibernéticos como sendo aquele que “baseia-se na falta de conhecimento das pessoas em relação aos procedimentos de segurança que devem ser tomados quando disponibilizam seus dados na rede” (ARAÚJO, 2011)

Silva, Oliveira e Medeiros (2012) dizem que se tornou visível os perigos na internet, vemos esse perigo dia após dia no meio da comunicação, que cresce de uma forma numerosa, tornando assim uma preocupação a toda coletividade.

Com o avanço das tecnologias, o mundo hoje não se resume a questões simples, como no final do século passado, a menos de três décadas. A divisão entre o público e o privado tem sido questionada, principalmente depois do advento e da adesão quase maciça da população às redes sociais. (Soares, Barbosa 2015)

Segundo os dados de Manuel Castells (*apud* PINO E GONÇALVES, 2017), 50% (cinquenta por cento) da população adulta tem “*smartphones*” conectados a internet no ano de 2020 e cerca de 80% (oitenta por cento) no futuro terão um destes aparelhos, neste dados não englobam os celulares comuns que atualmente são 7,2 bilhões de unidades.

### **4.3 Crimes nas redes sociais**

Da mesma forma que a interação pode ser benéfica ela pode ultrapassar a privacidade da pessoa humana. Uma vez que existem aplicativos que permitem ter acesso aos dados pessoas através do computador de outrem conectado à rede. Por isso, um aspecto que segundo Tomas e Vicius Filho (2016, p.274) recebeu grande atenção do legislador ao elaborar as leis, em suas palavras foram:

O combate às ilicitudes civil e criminal praticadas sob o manto da privacidade na internet. Se, do ponto de vista social, a

internet proporciona contatos interpessoais anônimos, do ponto de vista técnico, toda ação realizada pela internet é passível de registro pelos provedores de acesso e de conteúdo, o que torna possível a identificação dos usuários (TOMASEVICIUS FILHO 2016, p.274).

Assim, a internet virou um meio de comunicação e de facilidades para a obtenção de vantagens indevidas por pessoas que agem de má-fé na era digital, violando assim, uma garantia fundamental do indivíduo que está previsto na constituição no seu artigo 5ª inciso XII da constituição federal de 1988.

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

Desta maneira, a Lei nº 9.296, de 1996 que regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, apresenta penas e multas para quem intervêm na comunicação da vida privada de outrem. Tal fato é exposto no artigo 10 da Lei mencionada.

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar sigilo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei: (Redação dada pela Lei nº 13.869, de 2019)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Além disto, em 2014 foi criada a lei 12.965 que deu garantias aos usuários de redes sociais sobre seus dados pessoais inseridos na rede. A lei supracitada estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A Lei 12.965 tem sua base legal na Constituição Federal da república de 1988. Segundo Santos e Silva (2019) ela tem um caráter inovador, protege dos aspectos da intimidade e da vida privada da pessoa, englobando também a inviolabilidade da vida particular, a honra e a imagem (SANTOS E SILVA, 2019). Segundo a CF em seu artigo 5º e seu inciso X:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (NR,2018).

Ainda segundo Santos e Silva (2019) a lei 12.965 e seu posterior decreto regulador (Decreto 8.771/2016) também conhecida como Marco Civil da Internet, além de estabelecerem definições bases, sobre alguns conceitos que não haviam sem quer nomenclatura ainda define a sua aplicação e espojam sobre o tratamento de dados pessoas e a sua proteção.

Assim a lei 12.965 que se tornou essencial, dá aos usuários das redes sociais uma garantia que está firmada na constituição como forma de não deixar os usuários a mercê da criminalidade virtuais sem punições, dando assim ao cidadãos de bem, mais segurança.

No Código Civil de 2002 também fala sobre a impotência da vida privada de uma pessoa, em seu artigo 21 diz sobre a inviolabilidade do direito a intimidade que é um direito garantido no Código Civil. O Artigo 21 deixa explícito que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Já No Código Penal estão ratificados todos os crimes virtuais cometido por indivíduo em redes sociais como: clonar cartão, denegri a imagem, honra ou a difamação do outro lhe causando, assim, um grande dano moral e psicológico na vida de quem foi exposto a tal.

Portanto, no artigo. 298 do Código Penal em seu caput fica a pena a ser dada a quem comete tal crime:

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Falsificação de cartão (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012)  
Vigência

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Falsidade ideológica.

Portanto todos os artigos citados acima, lei, código civil, código penal, são de extrema importância, pois são usados como meio de prevenção e punição para quem infringe a lei denegrindo a imagem e a honra de outrem.

#### **4.4 Vírus virtuais para obter vantagens indevidas e acesso aos dados pessoais**

A internet virou um meio de comunicação mais usada no Brasil e no mundo todo, com a sua grande repercussão pessoas malicioso começaram a usa a internet como um meio para de obtenção de vantagens.

O que acontece muitas vezes é que, com o avanço das tecnologias e o fácil acesso a elas, muitos usuários têm sido alvo de pessoas más intencionadas, que “invadem” seus aparelhos, se apropriam de informações que seriam privadas e particulares e as utilizam forma não autorizadas. (SOARES, BARBOSA 2015).

Com o acesso fácil a dados pessoais, pessoas estão usando a internet não só como um meio de comunicação, mais para cometimento de fraudes em pecúnias, e para denegrir a integridade física e psicológica das pessoas que estão ligadas a rede.

Araújo (2011) diz que nem toda utilização das redes sociais e certo, com o avanço da conectividade apareceram os crimes virtuais, a pedofilia, roubos e de informações pessoais sigilosas, etc.

Crime virtual, em outras palavras, é toda e qualquer ação típica, antijurídica e culpável cometida contra um computador conectado à rede mundial de computadores, sendo este usado como sendo o instrumento ou objeto do delito (SILVA, 2017).

Conforme o referido acima, a falta de uma comunicação com a sociedade de autoridades ou até mesmo do poder judiciário para a prevenção em crimes cibernéticos, deixa os cidadãos cada vez mais a mercê desses criminosos virtuais. E com



o avanço da tecnologia vem tornando cada vez mais fácil a ocorrência de crimes dessas modalidades.

Muitas vezes a falta de conhecimento do usuário ou a má utilização das políticas de segurança nas corporações, tornam informações sigilosas acessíveis a qualquer pessoa que queira se utilizar de dados de terceiros para cometimento de crimes ou fraudes (ARAÚJO, 2011).

Este item mostrou a relevância dos vírus maliciosos para obter os dados dos usuários que acessam as páginas/redes sociais por meio da internet.

#### **4.5 Lei Brasileira 12.737/2012**

Com o avançamento tecnológico no mundo, o poder judiciário teve que ir se adequando as necessidades dos cidadãos, na prevenção ou coibição de crimes virtuais, foram criadas muitas leis como forma de proteção aos usuários das redes sociais.

De acordo com Silveira, Caldonazzo (2014 p. 83) o Estado está agindo conforme a evolução da sociedade, "produzindo as reformas essenciais para a melhor ordenação da sociedade". É conscientizando as pessoas, sobre a prevenção na hora de acessar a internet," pois uma vez expostos, jamais poderão ser retirados de modo eficaz e completo da rede".

Em decorrente dessa proteção a intimidade e a privacidade do usuário, foi-se criada A lei 12.737/2012 mais conhecida como "lei Carolina Dieckmann".

De acordo com Silveira, Caldonazzo (2014) em Constata-se a lei referida deu, "o início de modificações nos códigos brasileiros, a fim de atender as mudanças progressivas que a sociedade demanda com sua evolução"

A lei referida acima, foi criada no dia 30 de novembro de 2012 em decorrência da violação da privacidade e da intimidade de uma atriz global Carolina Dieckmann através do dispositivo de computação eletrônica, alterando assim o artigo 154-A código penal brasileiro.

Vejamos a alteração do artigo referida acima, "*in verbis*":

**Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou

tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

**Art. 154-B.** Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

Segundo Anania, Wanderley (apud 2014p. 37) Diz que não existe diferença entre os crimes informáticos. contudo, aponta que o que separa é como são utilizadas as redes para alcançar ou burlar o sistema com a intenção de lesionar a privacidade do outro.

#### **4.6 A necessidade de ampliação do Poder Judiciário como forma de se garantido os direitos da pessoa e da coletividade**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído os três poderes constitucionais, que são Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais são fundamentais para democracia do país.

O Poder Judiciário tem uma função impar para combater e lutar pelos direitos dos cidadãos, para que a sociedade possa viver pacificamente. Neste contexto, segundo Sadek (2004 p.04) as "leis e instituições não são meros formalismos, mas, ao contrário, refletem e condicionam o real".

As leis brasileiras se adequam com a evolução da sociedade, criando-se assim, leis que possam suprir a necessidade da sociedade. A lei que pune os crimes virtuais mais conhecidos como crime cibernéticos, foi uma dessas evolução do poder judiciário, no qual se tornou necessário, para garantir a integridade pessoal de cada indivíduo nas redes sociais, mesmo já tendo garantias constitucionais, tendo em vista que as redes sociais virou um dos meios de telecomunicação mais atual o mundo.

No entanto, mesmo com a atuação do poder judiciário em criar leis e mecanismos mais eficazes para combater os crimes virtuais, ainda a um grande número de pessoas que tem seus direitos lesados, tendo em vista que não é tão fácil de ser encontrado o suspeito pois nunca se sabe quem está por trás da tela de um computador ou celular. Deste modo, de acordo com Scheifer, Mandalozzo e Campagnoli, (2016 p.169)

“Enquanto os Poderes públicos (Legislativo e Executivo) não derem à sociedade uma resposta concreta, atuando do modo que se espera e atendendo efetivamente as demandas da população, a atuação do Judiciário em defesa da democracia e dos direitos fundamentais, será legítima, desde que haja em prol da justiça social e que sejam respeitados os limites impostos pela constituição” (SCHEIFER, MANDALOZZO e CAMPAGNOLI, 2016. p.169).

Analisando os fatores mencionados percebe-se que é necessário a atuação conjunta do poderes para que assim, os cidadãos possam se sentir mais protegidos, claro que ainda levará tempo, pois desde a criação ao cumprimento da lei.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Em virtude dos fatos apresentados no decorrer do trabalho, percebe-se que com o avanço do poder judiciário em criar leis, e adequação das necessidades da coletividade, como por exemplo a lei 12.737/2012 mais conhecida como “lei Carolina Dieckmann”.

A lei citada foi um marco para combater e prevenir a vida íntima da pessoa, dando visibilidade aos perigos que a rede social dá. Mas mesmo com todo aparato, ainda há uma dificuldade do poder judiciário para o descobrimento e o combate dos crimes virtuais, tendo em vista, a grandes dimensões de pessoas interligadas entre si, em todo o país e no mundo. Outro fator a se mencionar é a internet ter se tornado um uso necessário, no qual uma vez postado e compartilhado o crime virtual, não é tão simples de ser apagado.

Por isso, é observado a necessidade de sensibilização e pode dizer que até a conscientização das pessoas ao compartilhamento de publicação *fakes* ou de dados pessoais de outrem na internet, sem sua devida veracidade, tendo em vista que denegrir a imagem e a honra do outro, o que pela lei é considerado como crime.

Diante o exposto, observasse a necessidade da ampliação de delegacias, para o combate aos crimes cibernéticos. Outro ponto, que precisa de atenção é quanto ao poder judiciário, para que o mesmo crie mecanismos mais atualizados. Além disto, é observado a necessidade quanto a criação de leis com a maior eficácia para combater os crimes virtuais.

## **6. REFERÊNCIAS**

BENAKOUCHE, Tamara. Redes técnicas/redes sociais: pré-história da Internet no Brasil. **Revista USP**, n. 35, p. 124-133, 1997.

CIRIBELI, João Paulo; PAIVA, Victor Hugo Pereira. Redes e mídias sociais na internet: realidades e perspectivas de um mundo conectado. **Revista Mediação**, v. 13, n. 12, 2011.

DE ARAÚJO, Paulo Sérgio. **O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO COMO ARMA DE ATAQUE**. TCC. FATEC OURINHOS – Faculdade de Tecnologia de Ourinho. 2011.

DE MATTOS, Fernando Augusto Mansor; SANTOS, Bruna Daniela Rocchetti; DE OLIVEIRA SILVA, Luiz Marcos. Evolução de alguns indicadores de inclusão digital no Brasil nos primeiros anos do século XXI. **Revista Eptic**, v. 11, n. 2, 2009.

GOMEZ, Gabriela Rigoni; BACK, Alessandra. LIMITES AOS DIREITOS AUTORAIS E AS REDES SOCIAIS. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 27, n. 2, p. 32-52, 2017.

GOHN, Maria da Glória. Abordagens teóricas no estudo dos movimentos sociais na América Latina. **Caderno CRH**, v. 21, n. 54, p. 439-455, 2008.

JORGETTO, Leonardo Felipe de Melo Ribeiro Gomes; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. O DIREITO À PRIVACIDADE DOS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS E OS E-MAILS CORPORATIVOS: UMA VISÃO SOB O ASPECTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. e-ISSN: 2526-0049. Salvador: v. 4, n. 1, p. 33 – 50, 2018.

NASCIMENTO, Leonardo Fernandes. A Sociologia Digital: um desafio para o século XXI. **Sociologias**, v. 18, n. 41, p. 216-241, 2016.

PINHEIRO, Marta Macedo Kerr. Processo de transformação das políticas de informação no estado informacional. **Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação**, v. 3, n. 1, 2010.

SOARES, Jéssica Marques; BARBOSA, Jesuíno. **13. A LEI N 12.737/2012 (DENOMINADA LEI CAROLINA DIECKMANN) FRENTE AOS CRIMES VIRTUAIS DE INVASÃO DE PRIVACIDADE**. p.359-395, 2015.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. **Estudos Avançados**, v. 30, n. 86, p. 269-285, 2016.

LIMA, Luciano De Almeida. Diretrizes para aperfeiçoamento e interpretação da lei do marco civil da internet com vistas à garantia do direito à privacidade nas redes sociais. **Prisma Jurídico**, v. 17, n. 1, p. 59-81, 2018.

**Santos, A. L. M., & Da Silva, R. A. (2019). proteção dos dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro com advento da lei 13.709 de 2018. revista artigos.**

MARIA Tereza Aina Sadek, **opinião pública**, campinas, vol. X, nº1, maio, 2014, p. 01-62. disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/op/v10n1/20314.pdf> acessado em: 21 de outubro de 2020.

CAMILA E. Scheifer; SILVANA S. N. Mandalozzo; ADRIANA de Fátima P. F. Campagnoli, **Revista de Direito Brasileira** | São Paulo, SP | v. 14 | n. 6 | p. 158-172 | maio/ago. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2986/2760> acessado em: 22 de outubro de 2020.

#### NOTAS:

[1] Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Redenção/PA

[2] Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, Redenção/PA. Membro do Ministério Público do Estado do Pará. Especialista em Processo Civil. Mestrando em Ciências Criminais pela Universidade Autônoma de Lisboa/PT.

## O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAIS

**ERIC PHILIP DAS CHAGAS HOUNSELL:**

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

**RESUMO:** Este artigo científico é dedicado ao estudo das relações de consumo que se desenvolvem no campo da internet, sob a luz do código de defesa do consumidor, doutrinas, e as principais leis que regem o comércio eletrônico (e-commerce). O principal objetivo é apresentar ao leitor as mudanças que a internet e suas tecnologias trouxeram para o cotidiano do consumidor, no que diz respeito a nova forma de realizar negócios e também, sobre a relação de consumo que decorre do digital, com prisma no princípio da Boa fé objetiva e seu papel de relevância para a ordem jurídica em âmbito virtual. O brasileiro, assim como o mundo globalizado, vive paralelamente nas redes sociais, e o Direito por ser ciência que se preocupa com a segurança da sociedade e a manutenção da ordem, não poderia deixar de regulamentar os atos que ocorrem no meio, a fim de proteger o consumidor em um ambiente que se populariza crescentemente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Boa fé objetiva. Relações de consumo digitais. Defesa do Consumidor. Negócios.

**ABSTRACT:** This scientific article is dedicated to the study of consumer relations that develop in the field of the internet, in the light of the consumer protection code, doctrines, and the main laws that govern electronic commerce (e-commerce). The main objective is the present the reader with the changes that the internet and its technologies have brought to the consumer's daily life, with regard to the new way of doing business and also, regarding the consumption relationship that arises from digital, with a prism in the principle of Good objective faith and its role of relevance to the legal order in a virtual scope. The Brazilian, as well as the globalized world, lives in parallel on social networks, and the law, being a science that is concerned with the security of society and the maintenance of order, could not fail to regulate the acts that take place in the environment, in order to protect the consumer in an environment that is becoming increasingly popular.

**KEYWORDS:** Objective good faith. Digital consumer relations. Consumer defense. Business.

### INTRODUÇÃO

Cada vez mais as relações de consumo se modernizam, em decorrência das novas tecnologias presentes na vida das pessoas, que influenciadas pelas mídias

digitais, acabam por movimentar milhões de reais em lojas online devido aos preços mais atrativos, melhores condições e comodidade. No entanto, na medida incalculável que essas relações de consumo ocorrem, vários consumidores são prejudicados e tem seus direitos violados em razão de publicações enganosas que persuadem e não cumprem com sua finalidade. Além do consumidor não alcançar satisfação na compra, ainda sofre abusos, como por exemplo, o tempo de espera exacerbado do produto, erro de dados, produtos não entregues e solicitações de reembolso não respeitadas, com base no prazo de arrependimento do artigo 49 do Código de Defesa do consumidor. Existe ainda a possibilidade de fraudes em sites que passam por cima da Boa fé para captar dados de clientes, sendo este dever de proteção inerente ao fornecedor. Essas e outras irregularidades tiram dinheiro do bolso do brasileiro e ferem a moral, afastando a vontade de consumir pela internet.

Nesse sentido, o estudo propõe analisar os pontos positivos do comércio eletrônico, bem como os negativos, tratando da atividade que o consumidor desenvolve na internet e os abusos que ele sofre.

A comunidade brasileira ainda é pouco informada sobre seus direitos consumeristas e acaba permitindo que ilícitos ocorram sem a mão da justiça. Segundo o Código de Defesa do Consumidor no artigo 4º, inciso I, o consumidor é tratado como vulnerável e quando se fala em internet onde tudo é possível, isso se agrava. Para o avanço das relações de consumo no comércio eletrônico é preciso trabalhar com base em padrões éticos de conduta, onde a Boa fé se faz necessária para ordem jurídica como princípio basilar do Direito. Optar por condutas profissionais com base nas leis, é o primeiro passo para beneficiar essa nova modalidade de compra e venda, sobretudo, a economia do país.

## **1. A HISTÓRIA DA INTERNET**

Segundo Lima (2000) a origem da internet aconteceu durante a Guerra Fria (1941 – 1991), surgindo como modelo de projeto criado pelos Estados Unidos para unificar as bases militares na troca rápida e eficaz de informações, através da rede de conexões conhecida como Web. Em resposta ao lançamento do Sputnik (1º satélite da terra) e o possível ataque da União Soviética à essas bases, fez com que os americanos desenvolvessem uma tecnologia que descentralizou o poder sigiloso do Estado para os mais variados pontos, assim resguardando dados e estudos confidenciais frente a um ataque inimigo.

O nome desse projeto ficou conhecido como ARPANET (*Advanced Research Projects Agency* - Agência de Pesquisa de Projetos Avançados). Embora fosse uma tecnologia restrita, transformou significativamente o conceito de comunicação da

época, desencadeando um avanço histórico que não se mensurou nos anos seguintes, dando tamanho sentido à evolução das relações sociais e dos negócios.

O Brasil adotou esse modelo tecnológico na década 80 aproximadamente, ficando restrito aos centros de pesquisa e universidades. Com o advento da norma n.0045/95 foi possível comercializar a internet, que autorizou empresas do meio conhecidas como “Provedores de Serviços de Conexão à internet”.

Segundo Lago Júnior (2001, p.20):

A Internet, portanto, nada mais é do que uma grande rede mundial de computadores, na qual pessoas de diversas partes do mundo, com hábitos e culturas diferentes, se comunicam e trocam informações. Ou, em uma só frase, é a mais nova e maravilhosa forma de comunicação existente entre os homens.

## **2.DAS RELAÇÕES DE CONSUMO DIGITAIS**

Em um mundo globalizado, o digital é um conceito que vai além da tecnologia, sendo a mudança de cultura e mindset. Estamos vivendo em um tempo em que as organizações precisarão se adaptar e andar ao lado de novos sistemas. É o que explica Patrícia Peck (2009, p.21) ao pontuar que o Direito Digital corresponde a evolução do próprio Direito de uma sociedade digital com tecnologias que contribuíram desde tempos outrora, como a expansão dos veículos de massa e mais recentemente com o telefone celular, o e-mail, a internet, a banda larga, e a TV interativa. Em outras palavras, os sistemas tendem ao aprimoramento. O mesmo vale para os negócios, como bem cita o filantropo Bill Gates em suas palestras, “Se o seu negócio não estiver na internet, o seu negócio ficará sem negócio”.

Toda essa filosofia é abarcada pelo comércio eletrônico, ou e-commerce, que evoluiu do varejo. Segundo Coelho (2008, p.69) essa modalidade consiste em todo ato de circulação de bens, prestação ou intermediação de serviços em que as tratativas pré-contratuais e celebração de contratos se fazem por intermédio de transmissão e recebimento de dados por via eletrônica, normalmente no ambiente da internet.

A lei 12.965 ficou bastante conhecida por ser o primeiro regulamento a tratar do uso da Web no Brasil e por ser o “marco civil da internet”. Sancionada em 2014, trouxe garantias aos consumidores ao abordar sobre responsabilidade civil de provedores e usuários no mundo digital, levando dessa forma, as relações de consumo rumo a um novo horizonte.



Segundo pesquisa realizada pela We Are Social em parceria com a plataforma de mídia social Hootsuite em 2019, o Brasil possui um número de 140 milhões de pessoas conectadas, principalmente por causa das redes sociais e ferramentas de inovação que só com a internet é possível usar. Esses dados refletem a transformação no modo de viver das pessoas que fazem uso de tecnologia em seu cotidiano.

Com as novas tendências da era digital, ficou acessível experimentar uma maior comodidade até na execução de tarefas básicas, como o simples fato de pedir comida por exemplo. Há restaurantes que aderiram o modelo delivery junto as Startups como Ifood por aplicativo, que em questão de segundos escolhe-se os pratos mais variados e calcula-se o tempo de entrega do produto possibilitando a espera sem sair de casa.

Analisando o ponto de vista empresarial, a grande massa de pessoas que se concentram nas redes sociais, como Facebook, Instagram e Whatsapp, geram um cenário de oportunidades para os negócios. Assim explica o Professor e Mestre Albertin (2002, p.45) ao falar que a Internet e seus serviços básicos criaram um novo espaço para a realização de negócios. O ambiente fornece para os agentes econômicos e empresas como indivíduos, canais alternativos para trocar informações, comunicar, ofertar diferentes tipos de produtos, serviços, assim como iniciar transações comerciais. No entanto, essas ferramentas sociais ainda são pouco exploradas.

O mercado futurista é analisado da seguinte forma: enquanto uma loja física de um shopping movimentada centenas de pessoas todos os dias, que podem ou não consumir, lojas online movimentam milhões de consumidores através de ferramentas inteligentes de negócios como o Facebook Business. Trata-se de um alcance de clientes em minutos a partir de um algoritmo que possibilita identificar o que as pessoas mais acessam, mais assistem e o que mais procuram, em outras palavras, os seus gostos. Se aliar esse alcance de possível clientes com técnicas de marketing e persuasão torna-se fácil vender pela internet. É o que comprova pesquisa do G1 em fevereiro de 2019 que concluiu que o Facebook alcançou a marca de 24,9 bilhões de dólares e 2,3 bilhões de usuários ativos. O segredo do alto faturamento está ligado a segmentação, pois os produtos certos são entregues à públicos que já estão aquecidos para comprar graças ao algoritmo. É muito mais vantajoso, em se tratando de escalabilidade e automação na atividade empresarial.

## **2.1 Da Relevância do princípio da Boa fé objetiva nas relações de consumo pela Internet**

Mas a confiabilidade está em jogo quando se trata de uma relação de consumo que quebra padrões se comparado com a realidade do mundo habitual,

em que a compra acontece diretamente com a pessoa do comerciante e com a devida análise de procedência do produto. Na internet é um pouco diferente. Por ser um meio mais rápido e prático, é difícil identificar quem é o produtor e fornecedor. Muitas vezes quem oferta os produtos são afiliados ou ainda, pessoas que se passam por produtores. Geralmente os clientes tem o primeiro contato com o produto por meio de campanhas nas redes sociais.

Embora esse cenário contribua para mais comodidade, há o medo de contratar no ramo promissor do e-commerce, que tem sido alvo de muitos golpes por parte de criminosos da internet. De acordo com Araújo (2017, p.136), mesmo que os consumidores se esforcem para aprender novas formas de comunicação e métodos tecnológicos empregados nas operações comerciais via Internet, o negócio jurídico será pensado metodicamente segundo conhecimentos do fornecedor que é superior em técnicas de comércio, e o consumidor por não estar familiarizado com a tecnologia do comércio eletrônico fica em posição de desvantagem técnica e jurídica.

O princípio da Boa fé objetiva entra nesse contexto como meio de suprir a falta de ordem no campo tão amplo da internet, tutelando os padrões éticos de conduta entre consumidor e fornecedor. É o que explica Sheila Leal (2007) que diz que a Boa fé objetiva é um “princípio vital” da contratação eletrônica, visto a mudança de suas estruturas no tocante a forma tradicional dos contratos. A ausência de regulamentação legal específica sobre o comércio eletrônico, é mais um fator que robustece a essencialidade desse princípio, dada sua vocação para a correção de abusos e injustiças.

O Código Civil também enfatiza a importância desse princípio para as relações contratuais em seu artigo 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Não obstante, são sete os deveres principais criados pela incidência da Boa fé objetiva segundo Martins-costa (2000): (1) deveres de cuidado, previdência e segurança; (2) deveres de aviso e esclarecimento; (3) dever de informação e de relevância nas relações contratuais de consumo; (4) dever de prestar contas; (5) deveres de colaboração e cooperação, visando ao adimplemento da prestação principal; (6) deveres de proteção; e (7) deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.

Para o avanço da atividade econômica no campo digital, é de extrema importância o cumprimento desse princípio, principalmente no ato de contratar, pois o contrato é instituto crucial para a autonomia da vontade das partes no ciberespaço.

A partir desse passo, mais consumidores estarão adeptos ao consumo pela internet devido a confiabilidade e credibilidade passadas através de boas condutas.

No mais, o objetivo do Direito é amparar o consumidor, mesmo que seja superior a amplitude da tecnologia em relação as leis. Se não houver legislação sobre algum tema, o ordenamento jurídico usará meios dentro dele próprio para nortear a questão jurídica pretendida. Não é porque a internet traz um aspecto de liberdade sem os limites do mundo real, que ficará imune a justiça.

### **3.DA DEFESA DO CONSUMIDOR NO AMBIENTE VIRTUAL**

Segundo Flávio Tartuce (2018) para reconhecer a vulnerabilidade do consumidor pouco importa a situação política, econômica ou financeira da pessoa, basta ser destinatário final do produto ou serviço para ser protegido pelo ordenamento jurídico. A respeito disso, a lei ampara o consumidor desde 1988 nos termos da Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXII que diz: "O Estado promoverá a Defesa do Consumidor", estando esse direito positivado também no artigo 170, inciso V da referida constituição.

Para os operadores do direito, a constituição federal é a lei máxima de nossa sociedade e nela se encontram todos os direitos fundamentais inerentes aos cidadãos. Apesar do consumidor já estar protegido constitucionalmente, o legislador identificou a necessidade de materializar esses direitos em regulamentação específica, surgindo então o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que tem como base a proteção da parte vulnerável de uma relação de consumo: o consumidor, segundo esclarece o artigo 4, inciso I do CDC.

Ainda com base nos artigos 105 e 106 do código acima citado, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é responsável pela direta implementação das leis de defesa, bem como a política de exercício do poder de polícia administrativa, que tem o dever de organizar e racionalizar a aplicação das sanções administrativas, elencadas nos artigos 59 a 69 do CDC. Esse Capítulo do Código regula toda conduta inadequada, abusiva e ilegal que venha a ferir consumidores, punindo infratores por meio de cassação de licença, multa, desligamento de produto das plataformas, até pena de detenção, entre outras.

A fim de evitar penalidades, empresas e empreendedores precisarão respeitar a disposição do artigo 6 do CDC, que trata dos direitos básicos do consumidor:

São direitos Básicos do consumidor: a proteção da vida, segurança e saúde; a liberdade de escolha e igualdade nas contratações; à informação; a proteção contra publicidade

enganosa e abusiva; a proteção contratual; a prevenção e reparação de danos; o acesso aos órgãos de defesa; a inversão do ônus da prova e o direito a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

### **3.1 Fraudes no comércio eletrônico**

De acordo com Nucci (2017, p.802) durante a atividade comercial, o indivíduo que objetiva enganar o consumidor com mercadorias falsificadas no ato da venda, e as ofertando como se fossem originais, verdadeiras e perfeitas, ou ainda quando faz substituição de um produto por outro, comete o crime de fraude no comércio. Segundo o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 66:

Fazer afirmação falsa ou enganosa ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – detenção de 3 (três) meses a 1(um) ano e multa.

As fraudes acontecem geralmente quando consumidores visitam sites com baixo nível de segurança e deixam seus dados. Em 2017, o site Reclame Aqui listou alguns tipos de fraudes comuns no comércio eletrônico, que são elas: Phishing, Pharming, Whaling, conhecidas por serem fraudes por e-mail. Após receber notificação acerca de um produto de sua preferência, o consumidor clica em um link falso dentro do e-mail e acaba preenchendo formulários que entregam seus dados pessoais, e o chamado “controle de contas”, usa os nomes das vítimas para comprar em sites não seguros. Por isso, todo cuidado é necessário por parte do fornecedor, no zelo e não divulgação de dados de seus clientes.

Os empresários que possuem essa visão, adotam o sistema de segurança de criptografia de dados e trabalham segundo regulamento da LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/2018), que inclusive é uma inovação nas relações de consumo, garantindo desse modo, o sigilo dos clientes. É o que explica Gustavo Testa Corrêa (2000, p.81,82):

Sem a criptografia, o que as pessoas enviam por computador é como algo equivalente a um cartão postal, uma mensagem aberta para ser vista por muitos enquanto em trânsito. Com a criptografia as pessoas podem colocar tanto mensagens como dinheiro em envelopes eletrônicos, assegurando que o conhecimento do que está sendo enviado não possa ser acessado por qualquer outra pessoa.

No que concerne as irregularidades do produto, o CDC em seu artigo 49, dá ao consumidor o prazo de 7 dias para se arrepender da compra por qualquer motivo. Em relação aos vícios do produto é observado a disposição do artigo 26 do CDC, que diz que o consumidor tem direito a reclamação pelos vícios aparentes até trinta dias sobre produtos e serviços não duráveis, e noventa dias para produtos e serviços duráveis. Ressalta-se que esse prazo é contado a partir da efetiva entrega do produto de acordo com o parágrafo 1º do artigo 26, CDC. Quanto aos vícios ocultos, a contagem se inicia no momento que ficar evidenciado o defeito (art. 26, parágrafo 3º, CDC).

No que pese a segurança do consumidor, medidas básicas devem ser recorrentes, pois a realidade vivida por eles é o comodismo na busca por seus direitos em decorrência do distanciamento da parte contrária e também por valores que são considerados “pequenos” para provocar o judiciário.

#### **4. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR**

Fundamenta-se no Código Civil Brasileiro, nos artigos 186, 187 e 92, bem como no Decreto 7.962/2013, a responsabilização do fornecedor virtual. Nesse complexo é adotado a teoria do risco, que aborda que aquele que introduz produtos ou serviços no mercado tirando proveito econômico, tem o dever de assumir os riscos que estes possam vir a causar.

Para Diniz (2011) a responsabilidade do fornecedor é objetiva, isto é, independe de averiguação de culpa. O art. 931 do Código Civil amplia à empresa e aos empresários individuais, a responsabilidade do fato do produto e serviço ao imputar-lhes responsabilidade civil desde que vinculados à circulação dos produtos. Nesse sentido, a identificação dos dados do fornecedor e do produto são importantes para manter uma relação de transparência junto ao consumidor, segundo exige o artigo 1º, inciso I, da lei 7.962/2013, que regulamenta o e-commerce.

Segundo os artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, quando ocorrem danos à pessoa, decorrente de defeito no produto ou no serviço, o fornecedor é responsável pela reparação do dano ou pela indenização pecuniária. Trata-se do regime de responsabilização geral da lei de proteção. Importa ressaltar o artigo 18, caput, parágrafo 1º, incisos I a III do referido código de defesa, sobre os direitos de exigir do consumidor em caso vício que comprometa a funcionalidade ou o valor do produto ou serviço:

§1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I -

a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.

A responsabilidade objetiva é solidária de todos os fornecedores, que alcança comerciante, vendedor, fabricante, produtor, construtor, importador e incorporador, quando há vício no produto, de acordo com o artigo 18, caput do Código de Defesa do Consumidor. Nos acidentes de consumo, porém, a responsabilidade do comerciante é subsidiária, pois os obrigados principais estão elencados no artigo 12, caput, do CDC.

Não obstante, os fornecedores devem estar cientes de suas responsabilidades ao introduzir seus serviços e produtos no mercado. A liberdade do ciberespaço não é pretexto para o afastamento de seus deveres, muito pelo contrário, é motivo de redobrar cuidados para assegurar e proteger o consumidor.

#### **4.1 Do procedimento judicial para consumidores.**

Para se ajuizar uma ação no Judiciário Brasileiro, em regra, deve se comprovar o que se alega. Trata-se do ônus da prova, com base no artigo 373, inciso I, do Código processual civil: O ônus da prova incumbe: inciso I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

No entanto, o Código consumerista em decorrência da comprovada vulnerabilidade do consumidor, atua com uma flexibilização da lei para criar igualdade no plano jurídico. Quando o consumidor não consegue produzir provas para validar suas alegações em juízo devido a fatores de dificuldade técnica sobre o mercado, o juiz pode inverter o ônus da prova, fazendo com que o próprio fornecedor prove que não aconteceu determinada irregularidade da sua parte afirmada pelo consumidor. Cabe esclarecer que o Procon é um órgão administrativo, por tanto, não tem o dever de indenizar o consumidor, além de não ter competência para tratar sobre relações trabalhistas.

Em razão de valores baixos, é aconselhável a procura pelos Juizados Especiais Cíveis, pois estes tratam de causas de menor complexidade, sendo objetivado a celeridade e economia processual. Nesse sentido, é possível o ajuizamento de ações que não ultrapassem quarenta vezes o salário mínimo vigente, segundo o artigo 3º, inciso I, da lei dos Juizados (9.099/95). A lei também explica que causas de até vinte salários mínimos permitem a opção do consumidor ser assistido por consultoria jurídica, sendo opcional a presença de advogado, porém, valores

acima de vinte salários mínimos, é obrigatório a presença deste, conforme artigo 9º da referida lei.

## CONCLUSÃO

Através da pesquisa realizada por meio deste artigo, restou notado o alto potencial que o comércio eletrônico tem a oferecer para empresas e consumidores que buscam por mais praticidade, inobstante, o quanto precisa melhorar na questão de segurança jurídica. Verificou-se que o princípio da Boa fé é de suma importância para as relações de consumo na internet, principalmente no ato de contratar, ao gerar confiabilidade para quem está em atividade virtual e exercer o equilíbrio entre consumidor e fornecedor.

No tocante a defesa do consumidor, a principal constatação da pesquisa mostrou que a lei brasileira apesar de apresentar lacunas quanto a amplitude da internet, cumpre seu importante papel de aplicar o direito através de regulamentos inovadores como a Lei de proteção de dados e a lei do e-commerce, quando não, através de analogias para o seguimento com base em leis gerais, a exemplo, o código civil, para salvaguardar os direitos do consumidor. Por fim, foi possível reconhecer que o cenário contribui para o avanço da economia do Brasil, que decorre do consumo das famílias e beneficia a seara dos negócios, abrindo portas para empreendedores que desejam crescer no meio.

## REFERÊNCIAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de outubro de 2020.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078 de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

BRASIL. Decreto Federal nº 7.962 de 2013. Regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm)>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

BRASIL. *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.*

COELHO, Fabio Ulhôa. Curso de direito comercial. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet. Ed. Saraiva, 2000

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

G1. Facebook completa 15 anos com 2,3 bilhões de usuários. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/02/04/facebook-completa-15-anos-com-23-bilhoes-de-usuarios.ghtml>>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

LIMA, Frederico O. A sociedade digital: impacto da tecnologia na sociedade, na cultura, na educação e nas organizações. Rio de Janeiro: Qualitymark. Ed.1, 2000.

LAGO JÚNIOR, Antônio. Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet. São Paulo: LTR, 2001. 127p.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACEGOSSA, Rodrigo. Bill Gates – Se o seu negócio não estiver na internet, o seu negócio ficará sem negócio. Disponível em: <<https://promovase.net/blog/bill-gates-se-o-seu-negocio-nao-estiver-na-internet-entao-o-seu-negocio-ira-ficar-sem-negocio/>>. Acesso em 15 de outubro de 2020.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1254 p.

NEIPATEL. Algoritmo do Facebook: entenda como ele funciona em 2020. Disponível em: <<https://neilpatel.com/br/blog/algoritmo-do-facebook/>>. Acesso em: 09 de novembro de 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**: em defesa do mundo virtual. Fevereiro, 2009.

RIBEIRO, Carolina. Conheça as redes sociais mais usadas no Brasil e no mundo. Disponível em: <<https://www.techtudo.com.br/noticias/2019/02/conheca-as-redes-sociais-mais-usadas-no-brasil-e-no-mundo-em-2018.ghtml>>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

SILVA, Wagner. Conheça as dez fraudes mais comuns no comércio eletrônico. Disponível em: <<https://www.leiaja.com/tecnologia/2017/09/25/conheca-dez-fraudes-mais-comuns-do-comercio-eletronico/>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Método, 2018.

## **EFICÁCIA DA LEI 12.990/14 E SUA EVIDENTE SUBJETIVIDADE NO CASO EM CONCRETO.**

**ANTONINO MACHADO DA SILVA JUNIOR:**

Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus-AM CEULM/ULBRA

**Resumo:** Atualmente têm-se discorrido a cerca dos critérios utilizados por diversas bancas examinadores de concursos públicos no que se refere a heteroidentificação de cãndidos auto-declarados pessoa Preta ou Parda, o presente estudo elenca a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos os quais devam estar elencados com a força da lei, a Constituição Federal elenca em seu artigo 3º, IV, que um dos objetivos da república federativa do Brasil é justamente promover o bem de todos, sem preconceitos, de origem, cor, raça, ou quaisquer forma de discriminação, outrossim, o artigo 5º, caput, da nossa carta magna, também enfatiza a igualdade, vedando distinção de qualquer natureza, muito embora, e apesar de tais garantias a realidade fática seja bem diferente. Atualmente o ingresso através das cotas raciais é doutrinado pela lei 12.990/14, a lei elegeu o IBGE(Instituto brasileiro de Geografia e Estatística) para enraizar os critérios de cor ou raça a serem utilizados quando da autodeclaração dos candidatos quanto a sua identificação racial, Importa destacar que atualmente a única norma que traz uma regulamentação ainda que insuficiente ao tema da heteroidentificação é a portaria normativa nº 4 de 06 de Abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, sem contar que muitas vezes os componentes das bancas não possuem notório saber a cerca da temática racial, a avaliação subjetiva gera erros e incertezas, ao passo que fere direito liquido e certo.

**Palavras-chave:** Autodeclaração – heteroidentificação – Avaliação subjetiva.

**Abstract:** Currently, a lot has been said about the criteria used by several public examining boards regarding the hetero-identification of candid self-declared black or parda people, the present study highlights the need to establish more objective criteria which should be listed with the force of law, the Federal Constitution lists in article 3, IV, that one of the objectives of the federative republic of the Brazil is precisely to promote the good of all, without prejudice, of origin, color, race, or any form of discrimination, on the other hand, article 5, caput, of our main letter, also emphasizes equality, forbidding any kind of distinction, although, and despite such guarantees, the factual reality is quite different. Currently, admission through racial quotas is indoctrinated by law 12.990/14, the law elested IBGE (Brazilian Institute of Geography and statistics) to establish the criteria of color or race to be used when self-declaring candidates regarding their racial identification, it is important to highlight that currently the only rule that brings a regulation, although insufficient to

the theme of heteroidentification, is the Normative Ordinance nº 4 of April 6 of 2018, from the Ministry of Planning, Development and Management, not to mention that often the components of the stalls do It is notorious to know about racial issues, subjective evaluation generates errors and uncertainties, while it hurts liquid and certain rights.

Keywords: self-declaration – heteroidentification – subjective evaluation.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. Dos critérios objetivos e da subjetividade em sua aplicação. 2.1 O que diz a lei. 2.2 Critérios de Cor ou Raça. 2.3 Da Subjetividade no caso em concreto. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

## 1.Introdução

Atualmente têm-se discorrido a cerca dos critérios utilizados por diversas bancas examinadores de concursos públicos no que se refere a heteroidentificação de candidatos auto-declarados pessoa Preta ou Parda. E isso tem trazido para o certame insegurança, incerteza jurídica e judicialização dos ingressos para aqueles candidatos auto-declarados, pretos ou pardos, o presente estudo elenca a necessidade de se estabelecer critérios mais objetivos os quais devam estar elencados com a força da lei, não se pode permitir que uma lei criada para trazer um fio de esperança e justiça social para pessoas de raça historicamente discriminadas, tenha a sua eficácia suprimida pela burocratização do Estado e a discriminação, é exatamente o que se pretendia evitar com a criação da referida regulamentação. Tampouco que a subjetividade das bancas avaliadoras se sobreponha a identificação do candidato, quanto a sua cor ou raça, bem como sejam respeitadas a sua ampla defesa e direito ao contraditório.

No livro “Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimentos (Gleudson Renato e Paulo Roberto-2018)” podemos depreender importantes sugestões pertinentes a subjetividade atual da lei e que sem dúvida merecem a devida atenção, quais sejam:

*“a) os certames públicos não necessariamente dependem de legislação para as cotas raciais além do rol normativo já existente. Todavia, a edição de lei específica prevendo essa possibilidade, com critérios seguros delineados pela jurisprudência, proporciona maior segurança jurídica no trato da questão;*

*b) os editais devem prever os critérios objetivos que facultem o normal transcorrer do certame, tais como o fenótipo como*

*fator de definição da autodeclaração de negro ou pardo; os critérios que serão utilizados para dirimir as dúvidas dessa condição e os documentos que os candidatos deverão fazer uso para tanto; o percentual de vagas proporcional à população local, seguindo os critérios definidos pelo IBGE; a comissão de verificação, suas atribuições e composição publicados em edital, dentre outro.”*

Outrossim, a Constituição Federal elenca em seu artigo 3º, IV, que um dos objetivos da república federativa do Brasil é justamente promover o bem de todos, sem preconceitos, de origem, cor, raça, ou quaisquer forma de discriminação, outrossim, o artigo 5º, caput, da nossa carta magna, também enfatiza a igualdade, vedando distinção de qualquer natureza, muito embora, e apesar de tais garantias a realidade fática seja bem diferente.

## **2. Dos critérios objetivos e da subjetividade em sua aplicação:**

### **2.1. O que diz a lei:**

Atualmente o ingresso através das cotas raciais é doutrinado pela lei 12.990/14 que trás em seu artigo 1º, o seguinte texto:

*“Art. 1º Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União , na forma desta Lei.”*

E ainda e não menos importante trás em seu artigo 2º, o que podemos considerar como o cerne dessa questão:

*“Art. 2º Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.”*

Como vimos a lei possui repercussão geral e abrange o ingresso no serviço público no âmbito de toda a administração, sendo portanto, o seu atendimento de suma importância e de grande relevância, por tratar-se de um preceito constitucional que visa a não discriminação e a igualdade e promoção social, sendo ainda um dos

objetivos fundamentais existentes em nossa constituição federal, conforme depreendemos da inteligência do artigo 3º CAPUT, e Inciso IV:

*“Art.3º Caput: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*IV – Promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.*

## **2.2. Critérios de Cor ou Raça:**

Vislumbra-se que a lei elegeu o IBGE (Instituto brasileiro de Geografia e Estatística) para enraizar os critérios de cor ou raça a serem utilizados quando da autodeclaração dos candidatos quanto a sua identificação racial, no caso em questão e como a própria lei estabelece, pessoas pretas ou pardas, de acordo com o PNAD (pesquisa nacional de amostragem de domicílio) pertencente ao instituto, podemos estabelecer as seguintes definições de cor ou raça:

*“IBGE-PNAD 2010. Cor ou Raça:*

*Consideraram-se cinco categorias para a pessoa se classificar quanto à característica cor ou raça: branca, preta, amarela (compreendendo-se nesta categoria a pessoa que se declarou de raça amarela), parda (incluindo-se nesta categoria a pessoa que se declarou mulata, cabocla, cafuza, mameluca ou mestiça de preto com pessoa de outra cor ou raça) e indígena (considerando-se nesta categoria a pessoa que se declarou indígena ou índia).”*

Salienta-se que o instituto evidenciou as cinco categorias de cor ou raça, no entanto, vale frisar que para o estudo em questão tomaremos o diálogo das duas categorias de cor ou raça elencadas pela lei, preta ou parda, destaca-se que esta última corresponde a 45,06% da população segundo o último censo elaborado pela PNAD (2015), no entanto, apesar de sua relevância no cenário não existem critérios fenotípicos para distinguir uma pessoa parda das demais raças, o problema consiste exatamente aí, muito embora, as comissões de avaliação fenotípicas têm grande relevância na apuração e correção de possíveis fraudes e erros de avaliação, ainda lhes faltam a devida transparência na avaliação e conclusão de suas análises, sendo uma mera auto-declaração insuficiente tanto para negar quanto para acolher o ingresso dos candidatos assim declarados, sob pena da supressão de um direito líquido e certo do candidato, de comprovar através de documentos e fotos recentes

suas e de seus antepassados, é necessário que o texto expresso da lei seja observado e as instituições confirmam maior transparência a essas comissões de modo a prosperar o direito e a justiça social.

Importa destacar que atualmente a única norma que traz uma regulamentação objetiva, ainda que, insuficiente ao tema da heteroidentificação é a portaria normativa nº 4 de 06 de Abril de 2018 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, cuja normatização apesar de pertinente ainda não abrange todos os nuances que acabam por ensejar na judicialização de muitos processos na justiça visando o ingresso de candidatos pretos ou pardos em instituições públicas, seja pela supressão de algum direito, seja pela deficiência dos critérios atuais utilizados nas bancas examinadoras, no entanto, podemos destacar alguns pontos, conforme abaixo, que se fossem implementados conferiria alguma segurança para os candidatos a vaga em concurso público, quais sejam:

*“Art. 6º. O procedimento de heteroidentificação será realizado por comissão criada especificamente para este fim*

*§1º A comissão de heteroidentificação será constituída por cidadãos:*

*III – que tenham participado de oficina sobre a temática da promoção de igualdade social e do enfrentamento ao racismo com base em conteúdo disponibilizado pelo órgão responsável pela promoção da igualdade étnica previsto no §1º da lei 12.288, de 20 de Julho de 2010, e*

*IV – Preferencialmente experientes na temática da promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo;*

*Art. 7º, §2º. Os currículos dos membros da comissão de heteroidentificação deverão ser publicados em sítio eletrônico da entidade responsável pela realização do certame.*

*Art. 13. Os editais preverão a existência de comissão recursal*

*§1º. A comissão recursal será composta por três integrantes distintos dos membros da comissão de heteroidentificação.*

### **2.3. Da Subjetividade no Caso em Concreto:**

Tomemos como exemplo o certame **2017.2 da ‘Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás’**, cujo edital fora publicado em 28 de Dezembro de 2017, o concurso

destinava-se ao provimento de vagas para Administrador Junior e Engenheiro Junior na referida instituição, as provas foram realizadas em 18/03/2018, e aos candidatos aprovados, que se autodeclararam pretos ou pardos se fazia necessária a heteroidentificação por uma banca de 5 pessoas escolhidas a critério da administração, pois bem, a convocação para a referida aferição por critérios estritamente fenotípicos estava prevista para 22/05/2018, portanto, antes mesmo do evento acontecer, a portaria nº 4 de 06 de abril de 2018 já encontrava-se em vigor, no entanto, muitos dos critérios estabelecidos pela portaria, sequer foram recepcionados, como exemplo, a publicação do currículo dos membros da comissão de heteroidentificação em sítio eletrônico da própria entidade, para evidenciar o notório saber dos seus membros a cerca da temática da promoção de igualdade social e enfrentamento ao racismo, conforme previsto nos artigos 6º, inciso III, e artigo 7º §2º, cujo atendimento poderiam vislumbrar maior transparência ao certame, bem como o respeito aos preceitos fundamentais dos candidatos que dele participaram, no caso em voga, os membros da comissão, foram escolhidos a critério da administração, porém sem que comprovasse o seu notório saber a respeito da importante tarefa que lhes fora incumbidos, trazendo grave insegurança e gerando judicialização ao pleito.

No caso em tela, aos candidatos, restou, tão somente, segurar uma placa diante da comissão e nessa ocasião, falar em alto e bom som, seu nome completo, e seu número de inscrição, e com isso, ferindo outro preceito fundamental, o do direito ao contraditório e a ampla defesa, restando para os participantes que sentissem ter seus direitos feridos recorrer em sede administrativa, porém a resposta era através de nota da administração, evidenciando que segundo a avaliação da banca, ele não teria sido considerado um pessoa preta ou parda, sem que lhe fosse concedida a oportunidade de demonstrar por testemunho ou documentos, ou ainda sem que fosse realizada uma investigação parental, para se comprovar a veracidade de sua autodeclaração quando da sua inscrição, ou melhor, sem que pudessem contestar a escolha dos membros da banca ou conhecer as prerrogativas que os levaram a ser considerados aptos para tal avaliação.

Note-se que o atendimento a requisitos desta norma já trariam alguma segurança e especialmente transparência ao certame, muito embora, seja raro encontrar um edital de concurso público que contenham na força desta portaria o atendimento desses requisitos, não sendo admissível a qualquer instituição a qual se destina o provimento de vagas em concurso, realizar um certame sem que esta norma e o direito precípua da igualdade e da ampla defesa, seja no mínimo garantidos, a mera avaliação fenotípica não confere essa segurança e termina por judicializar diversas demandas e abarrotar os tribunais.

### 3. Considerações Finais

Portanto e em virtude de um tema tão controverso e polêmico, torna-se imperativo conferir maior transparência e isonomia a esses processos, de modo a permitir o amplo e geral direito ao contraditória e ampla defesa, baseado em fatos e documentos, bem como, a edição de uma lei específica quanto aos critérios de avaliação fenotípica claros, e diretrizes objetivas para avaliação das bancas examinadoras, permitindo ao candidato a ampla defesa e direito ao contraditório baseados não somente na aparência mas também na ancestralidade e documentos oficiais do candidato, afinal, não podemos descredenciar o Estado tendo em vista que é o próprio quem fornece os documentos de identificação de cada indivíduo, recaindo sobre seus atos a responsabilidade pela veracidade dos documentos exigidos, a avaliação subjetiva gera erros e incertezas, ao passo que fere direito líquido e certo, haja vista que na esmagadora maioria o candidato tem que recorrer à justiça para ver o seu direito preservado, a possibilidade de erro humano nesse julgamento é latente, importando o direito do candidato de comprovar a veracidade de sua declaração, sem contar que muitas vezes os componentes das bancas não possuem notório saber acerca da temática racial, muitas vezes são funcionários designados para tão somente externar sua opinião baseada em critérios fenotípicos, tornando frágil essa avaliação e trazendo muita incerteza jurídica.

### 4. REFERÊNCIAS

<https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/lei-cotas-servico-publico-federal-constitucional-stf>

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12990.htm)

<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html#:~:text=O%20IBGE%20pesquisa%20a%20cor,brasileira%20com%20base%20na%20autodeclara%C3%A7%C3%A3o.&text=De%20acordo%20com%20dados%20da,0%2C38%25%20como%20ind%C3%ADgenas.>

[Heteroidentificação e cotas raciais: dúvidas, metodologias e procedimento/gleidson Renato Martins e Paulo Roberto Faber Tavares Junior, organizadores – Canoas: IFRS campus Canoas, 2019. 267p. ISBN 978-85-69075-03-5. Livro Eletrônico.](#)

<https://petrobras.com.br/data/files/96/74/4C/F4/332A0610F503E9062AD542A8/PSP-RH-2017-2.pdf>



## **CRIMINAL COMPLIANCE: PREVENÇÃO PENAL PRIVADA DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL**

### **JULIANA OLIVEIRA EIRÓ DO NASCIMENTO:**

Discente do 9º semestre do curso de Direito no Centro Universitário do Pará, Monitora de Processo Penal no Centro Universitário do Pará e Estagiária no escritório de advocacia André Eiró Advogados Associados.

**RESUMO:** Neste artigo, discute-se de que maneira a aplicação do Criminal Compliance nas empresas auxilia na prevenção da lavagem de dinheiro no Brasil. Atualmente, há uma enorme dificuldade para o Estado efetivar o controle e a investigação penal da reciclagem de recursos nas grandes empresas, tornando-se necessárias medidas que se preocupem com o ex ante de tais crimes, com o fim de fiscalizar e preveni-los. Para tanto, a Lei Antilavagem passou a prever a obrigatoriedade do Criminal Compliance dentro de setores específicos, visando à adoção de políticas de controle interno que previnam as práticas de branqueamento de capital, bem como facilitem a elucidação do crime já cometido e a recuperação dos recursos lavados. Essa pesquisa busca analisar brevemente a Lei nº 9.613/98, explicar o Criminal Compliance e apresentar a sua importância na prevenção do crime de lavagem de dinheiro. Para atingir o fim desejado, realizou-se um estudo doutrinário sobre a tese.

**Palavras-chave:** Lavagem de Dinheiro. Prevenção. Criminal Compliance. Definição. Direito Penal.

**ABSTRACT:** In this article, we discuss how the application of Criminal Compliance in companies helps to prevent money laundering in Brazil. Currently, there is an enormous difficulty for the State to carry out the control and criminal investigation of money laundering in large companies, making it necessary to take measures that are concerned with the ex ante of such crimes, in order to inspect and prevent them. To this end, the Anti-Wash Law started to provide for the mandatory Criminal Compliance within specific sectors, aiming at the adoption of internal control policies that prevent money laundering practices, as well as facilitating the elucidation of the crime already committed and the recovery of resources. washed. This research seeks to briefly analyze Law No. 9,613 / 98, explain Criminal Compliance and present its importance in preventing the crime of money laundering. To achieve the desired end, a doctrinal study on the thesis was carried out.

**Keywords:** Money laundry. Prevention. Criminal Compliance. Definition. Criminal Law.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Uma breve análise da lei nº 9.613, de 3 de março de 1998. 2. Considerações sobre o criminal compliance. 3. O criminal compliance na prevenção do crime da lavagem de dinheiro no Brasil. Considerações finais. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

O mundo atualmente é marcado pela globalização e enormes avanços tecnológicos que foram capazes de influenciar diretamente o mundo do crime, criando novas modalidades de atividades delitivas, bem como novas formas de praticá-las. As infrações penais tornaram-se mais complexas e passaram a violar não somente bens jurídicos individuais, mas de um número incalculável de vítimas, surgindo a macrocriminalidade, muito relacionada com o Direito Penal Econômico (BUSATO, 2018).

Nesse contexto, a prática do crime de lavagem de dinheiro adquiriu novas formas e complexidades. Em vista de afastar os recursos decorrentes de outras práticas criminosas de sua origem, muitos sujeitos e organizações criminosas passaram a realizar o branqueamento de capital em operações financeiras multiformes, dentro de grandes empresas detentoras de poderio dentro do Estado em que funcionam e até fora dele (BUSATO, 2018).

Com isso, o Estado passou a enfrentar uma enorme dificuldade de fiscalizar e investigar tais atividades delitivas, devido o enorme aparato tecnológico dentro dessas entidades privadas, bem como a rede complexa em que funcionam, que muitas vezes se subdivide em empresas menores e autônomas, tornando o capital lavado cada vez mais pulverizado e distante da origem ilícita, impedindo sua individualização para uma possível recuperação (BUSATO, 2018).

Nesse interim, o caráter punitivista do Direito Penal, que apenas analisava o ex post do delito, tornou-se insuficiente para o combate ao crime de reciclagem de valores, tornando-se necessárias medidas que se preocupassem com o ex ante da prática criminosa dentro das grandes e poderosas empresas, como forma de fiscalizar e prevenir a lavagem de dinheiro.

Diante disso, o presente artigo busca reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: De que maneira a aplicação do Criminal Compliance nas grandes empresas auxilia na prevenção da lavagem de dinheiro no Brasil?

Acredita-se que, quando a Lei Antilavagem passa a prever uma obrigatoriedade de implementação do denominado Criminal Compliance para alguns setores específicos, visando uma autorregulação regulada, torna mais fácil a

individualização do capital lavado, possibilitando sua recuperação, bem como garantente uma produção probatória ampliada, obtida através das investigações privadas, que podem ser utilizadas em futuros processos criminais.

Ademais, supõe-se que, tendo em vista que esse programa visa à adoção de políticas de controle interno para o combate de práticas delitivas dentro das empresas, se efetivamente implantando, se torna meio para manter as entidades privadas em conformidade com a legislação penal vigente, reduzindo os riscos de lavagem de dinheiro nas atividades empresariais e, com isso, facilitando o controle penal do Estado nas entidades privadas.

Devido à dificuldade por parte do Estado em realizar o controle penal dos crimes de lavagem de dinheiro dentro de grandes e complexas empresas, assim como a necessidade das entidades privadas em realizarem suas atividades em conformidade com a legislação penal vigente, evitando ou, pelo menos, reduzindo as condenações penais, essa pesquisa se justifica através da análise de como o Criminal Compliance auxilia na prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro dentro das empresas no Brasil.

O presente trabalho tem como objetivo geral demonstrar a forma com que a aplicação do Criminal Compliance nas grandes e poderosas empresas pode auxiliar na prevenção da lavagem de dinheiro no Brasil, tendo como benefício uma ferramenta para evitar a condenação de empresas no âmbito penal e reduzir os riscos de práticas delitivas nas atividades empresariais, garantindo um maior controle penal do Estado dentro das complexas entidades privadas.

Para atingir o fim almejado, a presente pesquisa realizará uma breve análise da Lei de combate à Lavagem de Dinheiro, explicará no que consiste o Criminal Compliance e, por fim, apresentará de que forma tal programa auxilia na prevenção do crime de branqueamento de capital no Brasil.

O tema a ser estudado é de fundamental importância, tendo em vista que o crime de lavagem de dinheiro facilita o cometimento de outras infrações penais e, por conta disso, merece ser combatido de forma eficaz pelo Estado. Contudo, como por vezes a prática de branqueamento de capital ocorre em operações financeiras complexas de grandes empresas, o Estado tem demonstrado dificuldade realizar sozinho o controle penal dessa prática delitiva, sendo o Criminal Compliance meio eficaz para o poder público compartilhar com o particular essa responsabilidade para prevenir e combater a reciclagem de capital.

A metodologia adotada é crítico-dialética, com abordagem qualitativa, através do referencial teórico dos princípios constitucionais e processuais penais e da

legislação pátria, seguindo pelo exame de conceitos realizado pelo estudo pormenorizado de livros e artigos publicados na literatura e no meio eletrônico, visto que se entende ser o melhor método para atingir os objetivos almejados pela pesquisa.

### **UMA BREVE ANALISE DA LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998**

O crime de lavagem de dinheiro, também denominado branqueamento de capital ou reciclagem de valores, constitui um procedimento que tem por finalidade afastar e maquiar a fonte criminosa que gerou ativos ilícitos, como tráfico de seres humanos, jogo do bicho e prostituição. Para tanto, o dinheiro é separado da fonte por meio de dissimulação e passa a ser investido em práticas ou atividades lícitas (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

A expressão “lavar” o dinheiro tem origem nos Estados Unidos, em virtude de uma máfia que comprava máquinas de lavar roupas automáticas para espalhar pelo país redes de lavanderia *cash only*, o objetivo era dissimular a origem dos recursos provenientes dos crimes que cometiam (BOTTINI, 2016).

No Brasil, o sistema anti-lavagem teve início em 1991, com o Decreto 154, contudo, nessa época, a maior preocupação governamental era o combate de tráfico de drogas no país, estando o Decreto restrito a prevenir o branqueamento do recurso derivado do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins (SAAD-DINIZ, 2013).

Há de se entender que o crime de lavagem de dinheiro é de natureza parasitária, acessória ou de fusão. Desse modo, para que o crime de lavagem de dinheiro se consuma, será necessário que um sujeito, que poderá ou não ser o mesmo que realizará o branqueamento do capital, consuma, ou ao menos tente consumir, uma conduta típica e ilícita antecedente que gere riqueza - uma infração produtora - (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Por essa razão, com a finalidade de aumentar o rol de delitos produtores da lavagem de dinheiro para além do tráfico de drogas, foi editada, em 3 de março de 1998, a Lei nº 9.613, que estendeu o leque de crimes antecedentes para a prática de terrorismo e seu financiamento; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; de extorsão mediante sequestro; bem como para crimes contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa ou praticado por particular contra a administração pública estrangeira (SAAD-DINIZ, 2013).

Vale ressaltar que a supracitada lei também passou a disciplinar a criação da unidade de inteligência financeira ou COAF.

Em síntese, até 2012, para que o crime de lavagem de dinheiro se consumasse, era necessário que algum sujeito tivesse cometido como crime antecedente algum dos previstos expressamente na Lei nº 9.613 de 1998, ou seja, deveria ocorrer previamente um delito de catálogo.

No entanto, com a edição da Lei nº 12.683 de 2012, o rol de crimes catalogados foi retirado e substituído pela expressão “infração penal”, em vista de que, para que restasse consumado o crime de reciclagem de recursos, bastasse que tivesse ocorrido qualquer que seja a espécie de crime ou contravenção penal antecedente promotora de riqueza, podendo inclusive, ser outra lavagem de dinheiro (SAAD-DINIZ, 2013).

Em decorrência disso, entende-se o crime de lavagem de dinheiro na verdade não é um crime em si, pois, para que o Ministério Público denuncie o suspeito, é necessário que exista a indicação expressa da ocorrência de uma infração penal anterior e dos indícios suficientes da sua existência, ainda que seja desconhecido ou isento de pena o autor ou que tenha sido extinta, por qualquer outro meio, a punibilidade da infração (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Vale ressaltar que a configuração do crime de branqueamento de capital independe do processo e julgamento dos crimes ou contravenções produtores dos recursos ilícitos, tendo em vista que nem sempre será possível chegar aos autores ou até mesmo ao exato crime anterior (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Além disso, a legislação dispõe que, na hipótese de ficar demonstrado que o fato anterior não existiu ou, se existiu, não configurou infração penal, ou, se configurou infração, houveram circunstâncias que excluíram o delito, como exemplo uma excludente de ilicitude ou tipicidade, não restará configurado o crime de lavagem de dinheiro.

Contudo, há de se salientar que, no caso de restar comprovada somente excludente de culpabilidade ou/e punibilidade, não há o que se falar em afastar o delito de reciclagem de recursos (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020). Logo, conclui-se que a infração antecedente promotora de recursos pode ser, por exemplo, um ato infracional cometido por um menor, ou um crime cometido por um sujeito que acabou falecendo e, mesmo assim, um terceiro poderá ser condenado pela prática de lavagem desse capital.

Ademais, destaca-se que, na hipótese da infração penal produtora ter ocorrido na modalidade tentada, se dela resultar recursos ilícitos, poderá restar configurado o crime da Lei de Lavagem de Dinheiro pela dissimulação desse capital.

No tocante ao sujeito ativo do delito, pode ser o autor, o coautor ou o partícipe do crime antecedente, bem como todos os sujeitos que concorram para a ocultação ou dissimulação do lucro proveniente da atividade delituosa (BRASIL, STJ).

É importante trazer a baila que os tribunais entenderam que não há continuidade delitiva entre o crime antecedente e o crime de lavagem de dinheiro, visto que não são da mesma espécie. O que ocorre é o concurso material, devendo as penas ser cumuladas. Porém, vale ressaltar, que se há o crime de lavagem da lavagem de dinheiro, por serem crimes da mesma espécie, é possível se falar em continuidade delitiva (BRASIL, STJ).

Igualmente, cabe analisar as alterações provenientes da Lei 13.964 de 2019 na Lei de combate à Lavagem de Dinheiro. Anteriormente, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998 previa, no art. 4º-B, a possibilidade de suspensão, por meio de decisão judicial, da ordem de prisão preventiva e medidas assecuratórias de bem, direitos ou valores, em vista de garantir o sucesso da investigação, mas nada mencionava de forma expressa sobre a mesma possibilidade para as prisões em flagrante (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Por outro lado, com a entrada em vigor do pacote Anti-crime, foi incluído no art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro o §6º, que passou a admitir, com a finalidade de tornar mais eficaz a elucidação dos crimes de reciclagem de recursos, a utilização da chamada ação controlada, também denominada de flagrante retardado, e a infiltração de agentes (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Do mesmo modo, é importante pontuar que, atualmente, a fim de tornar a investigação de branqueamento de capital mais eficiente, tem-se usado o modelo do FATF/GAFI, que divide o processo de lavagem em três etapas (NETO; CORDEIRO; PAES, 2019).

A primeira fase é denominada de placement, conversão, ocultação ou colação. Nesta fase, considera-se que a lavagem tem início com a captação dos recursos provenientes de uma determinada infração penal ou com a ocultação da origem ilícita desse ativo (NETO; CORDEIRO; PAES, 2019).

Essa ocultação pode ocorrer, por exemplo, por meio de depósitos em contas bancárias de uma pessoa jurídica em pequenas quantidades com o fim de pulverizar os valores, ou, em vista de reduzir a quantidade de cédulas, através da troca das de

pequeno valor por outras de valores maiores, ou, ainda, com a utilização de um intermediário, como os doleiros.

A segunda fase, por conseguinte, é denominada de layering, dissimulação, controle, estratificação, cobertura, mascaramento ou escurecimento. Nesta fase, os criminosos têm como objetivo mascarar os recursos obtidos, buscando diluí-los em incalculáveis canais, através de transações e operações financeiras variadas, ocorridas dentro do país ou no exterior (NETO; CORDEIRO; PAES, 2019).

Como exemplo do layering, têm-se as transferências entre contas por meio dos paraísos fiscais, ou a compra de moedas e ações, de modo que, criando um portfólio de investimentos, é possível afastar cada vez mais aquele ativo ilícito da sua origem, criando embaraços às investigações.

Na terceira e última fase denominada de intergration, integração ou reinversão, os delinquentes irão investir o capital ilícito, que já foi lavado no sistema financeiro em bens móveis e imóveis, bem como em outros negócios lícitos (NETO; CORDEIRO; PAES, 2019), a exemplo, o investimento em franquias que seja difícil realizar o controle e a quantificação.

Todas essas três fases foram muito bem ilustradas pelo Banco do Brasil na imagem a seguir:

**Figura 1:** Mecanismos do processo de lavagem de dinheiro

**Fonte:** sítio eletrônico do Banco do Brasil.

Segundo a doutrina, essa última fase, não corresponde mais a lavagem de dinheiro propriamente dita, tendo em vista que o recurso já foi lavado, mas diz respeito à concretização do crime (CUNHA; PINTO; SOUZA, 2020).

Tendo em vista que a reciclagem de capital é um crime muito complexo, na prática se torna muito difícil separar e especificar todas as fases, na maioria das vezes elas acabam se misturando ou ocorrendo conjuntamente. Por isso, não podem ser consideradas como requisitos a serem cumpridos para a consumação da lavagem, mas somente como forma de facilitar a apuração do delito. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, proferido no Habeas Corpus nº 80.816 (BRASIL, 2001).

Há de considerar que os delitos como tráfico, o roubo e o furto vão gerar recursos e esses, bem como as infrações produtoras, devem ser alvo de combate por parte do Estado. Logo, não basta que a legislação se preocupe somente em combater as infrações produtoras dos ativos, razão pela qual a edição da Lei Antilavagem no

Brasil é de extrema relevância, pois visa garantir o combate da macrocriminalidade e evitar que o dinheiro obtido ilicitamente seja utilizado.

## **CONSIDERAÇÕES SOBRE O CRIMINAL COMPLIANCE**

Em virtude do fenômeno da globalização e dos avanços tecnológicos, formas mais complexas e avançadas de cometimento de delito vem se desenvolvendo, emergindo crimes transnacionais, com isso a sociedade global tem sofrido cada vez mais com fatores que aumentam a sensação de insegurança e medo (RIOS; TEIXEIRA, 2018).

Em decorrência disso, os crimes que eram praticados por pequenos grupos criminosos, passaram a envolver cada vez mais as instituições econômicas e grandes empresas, amplamente transformadas estruturalmente, que se tornaram, no cenário atual, verdadeiros polos de poder dentro e fora do Estado que atuam, criando enormes obstáculos para se auferir e responsabilizar a pessoa física responsável para prática delituosa (BUSATO, 2018).

Segundo uma pesquisa realizada pelo Max-Plank-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, citada por Paulo Busato (2018, p.92), "mais de 80% dos delitos socioeconômicos são cometidos através de empresas".

Nesse cenário, a criminalidade deixa de afetar somente bens jurídicos individuais, e passa a violar bens em massa, de um número muitas vezes incalculável de vítimas, gerando a macrocriminalidade existente principalmente dentro do Direito Penal Econômico (BUSATO, 2018).

Em razão disso, uma política criminal baseada somente na punição dos criminosos deixa de ser suficiente, tornando necessárias normas de controle e prevenção do delito, bem como, em razão das empresas estarem suscetíveis ao cometimento de delito, de responsabilização penal da pessoa jurídica.

Assim, as políticas de controle criminal baseadas na prevenção, tornaram-se imprescindíveis dentro das chamadas sociedades do controle, que passa a adotar, cada vez mais, formas de monitoramento e investimentos em sistemas de segurança privatizados que tenha caráter preventivo (TEIXEIRA; RIOS, 2018).

Igualmente, esse cenário passa a exigir do Estado uma atuação e fiscalização cada vez mais precisa dentro desses grandes e complexos polos empresariais, a fim de prever a prática delituosa pelas pessoas jurídicas e garantir um sistema de controle social que englobe as empresas.



No entanto, tendo em vista a enorme complexidade dentro dessas entidades privadas, que muitas vezes se dividem em setores e até em empresas menores com objetivos e atuações autossuficientes, bem como atuam com tecnologia extremamente avançada para permitir operações e atividades em qualquer parte do planeta, tornou-se um desafio para o Estado realizar essa fiscalização (BUSATO, 2018).

Segundo Guaragni (ano, Busato, 2018, p.90) o mundo vive atualmente a “mudança da agente de poder”, e nesse sentido explica que as empresas:

Eram públicas e territoriais; tornaram-se privadas e transnacionais. A empresa ou corporação figura no cerne do exercício de um poder planetário, forjado sobre um comércio globalizado, intensificado pelo modelo hegemônico do capitalismo

Dessa forma, a sociedade do controle passa a clamar e atuar para a prevenção do delito, bem como, com o crescimento de novas modalidades de delitos complexos e de difícil elucidação cometidos por pessoas jurídicas, que necessitam de prevenção e fiscalização, o Estado encontra cada vez mais empecilhos para realizar o controle penal sozinho e passa a usar mecanismos para dividir com o particular a responsabilidade pela prevenção da criminalidade.

Nesse interim, surge, entre outras medidas, o Criminal Compliance, um programa eficiente, que coordena as atividades econômicas e empresariais de modo a manter uma atuação em conformidade com a enorme gama de legislação penal vigente, bem como é um meio para reduzir a possibilidade de responsabilização das empresas e de seus agentes por meio de delimitação de práticas coordenadas que reduzem os riscos da delinquência.

O Criminal Compliance é controlado pelo Grupo de Ação Financeira ou GAFI, criado desde 1989 pelo G7, a fim de combater a macrocriminalidade, em especial, os crimes econômicos. (VERÍSSIMO, 2017, apud, NETO; CORDEIRO; PAES, 2019).

Contudo, somente em 2012, com a Lei nº 12.683 que alterou a Lei de combate à Lavagem de Dinheiro, as discussões sobre o Criminal Compliance tiveram início no cenário brasileiro, passando a ter maior enfoque em 2013, com a edição da Lei de combate à corrupção. (LIMA; MARTINEZ, 2018, apud, NETO; CORDEIRO; PAES, 2019).

Para entender o significado de Criminal Compliance é necessário compreender que o termo Compliance é um fenômeno jurídico que não tem origem no âmbito penal, somente posteriormente que passou a compor mecanismos de

controle penal pelo Estado. O termo *compliance* encontra ligação direta com o termo em inglês "*to comply*", que significa cumprir ou obedecer algo, com isso a expressão *compliance* quer dizer agir de acordo ou em conformidade com algo, no caso de estar relacionado com o Direito, legalmente imposto (SAAVEDRA, 2016).

Além disso, o Criminal Compliance não pode ser confundido com o Direito Penal econômico, visto que o primeiro tem o enfoque no *ex ante* do delito, ou seja, visa agregar formas de fiscalização e prevenção para que o crime não venha ocorrer, no que tange o segundo, o objetivo é analisar o *ex post* da atividade delitiva, avaliando somente aquela ação ou omissão que já ocorreu e provocou resultados (SAAVEDRA, 2016).

Outrossim, o Criminal Compliance, tendo um caráter preventivo, visa combater a criminalidade econômica e financeira, evitando que se atinjam as medidas penais, até mesmo de caráter investigatório para dentro das empresas, com isso passa a ser possível que o Estado realize o controle penal por meio da autorregulamentação regulada (TEIXEIRA; RIOS, 2018).

O programa estabelece uma cultura ética entre os empregados e empregadores, bem como limita condutas e define procedimentos que garantem que as atividades empresariais se realizam dentro dos ditames legais, possibilitando a redução dos riscos de condenação da pessoa jurídica nos âmbitos criminais, penais e administrativos por práticas criminosas (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Dessa forma, o Criminal Compliance passar a ter uma extrema relevância no combate à lavagem de dinheiro dentro das grandes, complexas e poderosas entidades privadas e, por essa razão, passa a ser previsto na Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998, nos arts. 10 e 11, com a nova redação dada pela Lei nº 12.683/12.

Em razão da supracitada previsão normativa, setores especificados no art. 9º da Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998, passaram a ser obrigados a instituir o Criminal Compliance, devendo: a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; b) manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedida; c) adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; d) cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma

e condições por eles estabelecidas; e) atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

Ademais, dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se; deverão comunicar ao Coaf, abstendo-se de dar ciência de tal ato a qualquer pessoa, inclusive àquela à qual se refira a informação, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a proposta ou realização de todas as transações referidas no inciso II do art. 10, acompanhadas da identificação de que trata o inciso I do mencionado artigo; e das operações referidas no inciso I; bem como deverão comunicar ao órgão regulador ou fiscalizador da sua atividade ou, na sua falta, ao Coaf, na periodicidade, forma e condições por eles estabelecidas, a não ocorrência de propostas, transações ou operações passíveis de serem comunicadas nos termos do inciso II.

Vale ressaltar que os deveres de Compliance não se resumem na Lei de Lavagem de Dinheiro, tendo em vista de a Resolução nº 20 do COAF de 2012, aumentou o rol de incumbências das entidades previstas no art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Vale ressaltar que esse programa de monitoramento dentro das atividades empresariais, deve ser efetivo e os custos do seu desenvolvimento devem ser suportados pelo particular, e o Estado, em contrapartida, garante alguns incentivos e benefícios a essas entidades privadas (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Além disso, a supracitada lei dispõe também sobre as penalidades cabíveis às empresas que, obrigadas a instituir o Criminal Compliance, deixarem de fazer ou façam de forma não eficaz, determinado, no art. 12, que deverão ser aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes: a) advertência; b) multa pecuniária variável; c) inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; d) ainda, cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

O que se deve ter em vista é que, pela complexidade de muitas empresas, o Estado é incapaz de realizar toda sua atividade controladora e fiscalizatória dentro dessas entidades privadas, tornando-as um terreno perfeito para a prática de lavagem de dinheiro.

Em decorrência disso, o Criminal Compliance tornou-se uma forma para o Estado dividir com o particular as atividades de prevenção dos delitos suscetíveis a serem cometidos dentro das empresas.

Com isso, por meio da autorregulação regulada, o Estado, privatizando a função de fiscalização e disponibilizando em contrapartida benefícios para que o particular realize afetivamente essa colaboração, consegue exercer a política de controle da criminalidade dentro das entidades privadas (NETO; CORDEIRO; PAES, 2018).

## **O CRIMINAL COMPLIANCE NA PREVENÇÃO DO CRIME DA LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL**

O crime de branqueamento de capital já é um delito de difícil elucidação pelas autoridades policiais, visto que visa ocultar as práticas de outras atividades criminosas, gerando muitas vezes fragmentação das provas em pedaços tão pequenos que impossibilita a ligação de todos para que seja identificada a origem ilícita do capital e a sua individualização para a recuperação (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Além disso, em muitos casos, em decorrência da enorme complexidade das operações financeiras que englobam transações transnacionais, os criminosos optam por utilizá-las para reciclar os recursos, o que torna necessária a morosa cooperação internacional entre os países, a fim de que as investigações possam ter algum sucesso (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Outrossim, em muitos casos a lavagem ocorre por intermédio de instituições financeiras e empresas, muitas vezes enormes, altamente desenvolvidas e complexas, fragmentadas em outras menores e autônomas, com alto poder tecnológico e com a faculdade de atuar em qualquer lugar do mundo, conforme a necessidade do mercado (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Assim, o controle por parte do Estado fica embaraçado, bem como as investigações para identificar a pessoa física responsável pela lavagem de recursos ilícitos dentro de uma enorme cadeia de transações financeiras ficam tão inviáveis quanto a identificação do dinheiro lavado para a recuperação (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Acrescenta-se que, o fato de a figura criminal de branqueamento de capital somente admitir a modalidade dolosa, torna quase impossível, em determinados casos, comprovar o elemento subjetivo de um agente específico para futura condenação penal.

Nesse contexto, o Criminal Compliance surge como uma forma de o Estado reduzir a problemática exposta, dividindo com o particular a responsabilidade pela prevenção, fiscalização e combate à reciclagem de capital, como um ônus que o empresário deve assumir pela prática das suas atividades.

Assim, o programa torna-se responsável por manter as atividades empresariais e profissionais dentro dos limites impostos pela legislação pátria, bem como é meio eficaz para retornar a empresa que infringiu norma legal vigente para o terreno da legalidade.

No que tange a Lei de Lavagem de Capital, Lima (2013, p.61, apud, NETO; CORDEIRO; PAES, 2018, p. 92), explica o Criminal Compliance como:

[...] o conjunto de regras jurídicas que impõe aos sujeitos expressamente nelas elencados duas obrigações em essência: I) a de instituir filtro sem suas atividades cotidianas, consistentes em controles sobre movimentação financeira, de bens e serviços, de seus clientes, funcionários e sócios, de modo a perceber indícios do uso de sua profissão ou indústria para a transformação de bens econômicos de origem ilícita em bens econômicos aparentemente lícitos; II) a de comunicar às autoridades responsáveis a ocorrência desses indícios.

O programa visa determinar para dentro das empresas práticas reguladas e padronizadas que possibilitam que as condutas ou atividades que fogem à regra sejam rapidamente identificadas, bem como analisadas, a fim de que se determine se apresentam riscos de persecução penal para a entidade privada e se devem ser denunciadas. (SAAVEDRA, 2016)

Além disso, segundo Nieto Martin (2013, p. 40, apud, BUSATO, 2018, p. 96) nas complexas empresas, muitas vezes, "não é possível encontrar a nenhuma pessoa física responsável ou esta carece do grau e responsabilidade necessário para alcançar a reprovação penal". No entanto, com a implementação de um Criminal Compliance eficiente, entende-se que, por ser viável a coordenação e verificação individualizada das atividades realizadas por cada funcionário, caso haja suspeita de lavagem de dinheiro, é possível encontrar e responsabilizar penalmente a pessoa física praticante do crime.

Nesse sentido, Gloeckner (2014, p.51, apud, NETO; CORDEIRO; PAES, 2019, p. 102), explica que:

[...] o criminal compliance procura evitar a responsabilização de agentes ou da empresa que opere com o mercado financeiro, determinando procedimentos para que, com seu cumprimento, seja evitada uma prática delitiva. O que se promove com esta estratégia de governança corporativa é a gestão de riscos de persecução penal através de procedimentos padronizados e que, portanto, possam ser controlados por uma agência fiscalizatória (compliance officer) [...]

Dessa forma, as empresas assumem o ônus de adotar o sistema de autorregulação para realizar suas atividades dentro da legalidade, atuando o Criminal Compliance como um verdadeiro guardião, fiscalizando sempre as atividades particularizadas de cada funcionário, bem como as atividades em conjunto (SAAVEDRA, 2016).

Ademais, o Criminal Compliance, atualmente, visando também uma formação ética dos sujeitos que trabalham naquela empresa, formulando Códigos de Conduta, realizando treinamento dos funcionários, buscando fins motivacionais, fomenta uma cultura de legalidade nas atividades da empresa (GLOECKNER; SILVA, 2014), reduzindo os riscos de práticas delitivas, como o branqueamento de capital.

Igualmente, merece destaque que a implementação de um Criminal Compliance efetivo repercute tanto nos aspectos da responsabilidade penal e administrativa, prevista na Lei de Lavagem de Dinheiro, visto que permite que se afaste a condenação pela violação dos deveres de informação e manutenção do cadastro das operações dispostas nos arts. 9º e 10, como pode atenuar as penalidades impostas pela Lei de combate à Corrupção, no art. 7º, inciso VIII (RIOS; TEIXEIRA, 2018).

Além disso, defende Paulo Busato:

Uma vez presente um aparato de compliance em uma empresa, não se pode exigir desta qualquer classe de responsabilidade penal e, por extensão, tampouco se pode exigir a mesma classe de responsabilidade dos sócios e dirigentes da pessoa jurídica, eis que eles próprios trataram de providenciar os controles possíveis para evitar as práticas delitivas no ambiente empresarial (...) Estas pretensas isenções descansam sobre as seguintes premissas: a) razões econômicas e de efetividade recomendam amplamente que se estimulem sistemas de

autorregulação; b) a estabilidade das expectativas de cumprimento das normas é a base da imputação penal, e isso se atinge melhor com as práticas de compliance, portanto, implantado este, manca a necessidade de imputação; c) a instalação de um sistema de compliance é, ao mesmo tempo, uma providência de gestão e um sintoma de complexidade e, por isso, ela erige o compliance officer a uma posição horizontal em face da cúpula empresarial, reclamando, por isso, a atração da responsabilidade penal que, em princípio seria dirigida aos diretores e sócios; d) a presença de um sistema de cumprimento esgota o fundamento preventivo da pena, pelo que, deve também esvaziá-la (BUSATO, 2018, p. 97).

Ao contrário, na hipótese da empresa não adotar o Criminal Compliance, ou adotar de forma ineficiente, a Lei Antilavagem determina, no art. 12, a possibilidade da suspensão ou cassação do exercício da atividade, operação ou funcionamento, bem como dispões sobre a aplicação de advertência ou multa.

Ademais, deve-se ressaltar que a adoção do Criminal Compliance agrega confiabilidade e segurança para as empresas, tendo em vista que demonstram adotar medidas que combatem e previnem a ilegalidade por via de autorregulação, bem como garante uma imagem de boas práticas, aumentando seu engajamento no mercado (BOTTINI, 2016).

Outrossim, existe a possibilidade de serem realizadas, nos casos de suspeita de lavagem de dinheiro dentro da empresa, investigações privadas através do Criminal Compliance, contudo, é importante salientar, que devem sempre zelar pelos direitos e garantias constitucionais e processuais dos indivíduos, bem como se destaca que as provas obtidas pelo programa somente poderão ser utilizadas em futuros processos penais, se obtidas licitamente (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Por todo exposto, conclui-se que o Criminal Compliance é uma forma eficiente e adequada de o Estado compartilhar com o particular a responsabilidade de prevenção à lavagem de dinheiro, com a vantagem de garantir maior facilidade na verificação dos recursos ilícitos branqueados, do mesmo modo recuperá-los. Além disso, através das investigações internas, o Compliance Criminal é uma excelente fonte de provas e denúncias do delito, reduzindo os riscos de que o crime de lavagem de dinheiro se perfaça dentro das empresas e corporações (SAAVEDRA, 2016).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo da presente pesquisa foi possível analisar que o Estado tem tido dificuldade para prevenir e fiscalizar sozinho os crimes de lavagem de dinheiro, visto que muitos são ocultados dentro de uma complexa organização empresarial que detém um enorme poder dentro e fora do Estado que atua (BUSATO, 2018). Por isso, o poder público passou a compartilhar com o particular essa responsabilidade.

Igualmente, verificou-se que, por conta do exposto, com a finalidade de facilitar o controle penal do Estado e evitar a prática de branqueamento de capital dentro de grandes e complexas entidades privadas, o Brasil, com a edição da Lei nº 12.683/12, que alterou a Lei Antilavagem, passou a prever a obrigatoriedade de implementação do Criminal Compliance em setores específicos.

Além disso, demonstrou-se que o programa auxilia no combate e prevenção dos crimes de lavagem de dinheiro no âmbito corporativo, pois permite a implantação de uma cultura ética e motivacional dentro da empresa, além de implantar políticas internas de controle e procedimentos que permitem constar atividades suspeitas que possam oferecer riscos, procedendo com a devida análise e prevenção, bem como é uma fonte de provas para um futuro processo criminal (GLOECKNER; SILVA, 2014).

Ademais, o Criminal Compliance tem como benefício uma forma de garantir o aumento do engajamento dos funcionários e, conseqüentemente, a produtividade e lucro dentro dos ditames da legislação vigente (GLOECKNER; SILVA, 2014). Além disso, também garante uma imagem mais confiável da empresa no mercado, tendo em vista que demonstra uma busca eficaz pela seriedade e legalidade da entidade privada (BOTTINI, 2016).

Com isso, concluiu-se que o Criminal Compliance tornou-se uma das poucas soluções possíveis para fiscalizar e prevenir a delinquência pela pessoa jurídica, bem como, nos casos de que a legislação já foi violada, torna-se meio adequado para retornar a empresa à legalidade, reduzindo os riscos de lavagem de dinheiro em complexas e poderosas empresas e possibilitando a retomada do controle penal do Estado por meio da autorregulação regulada.

Ressalta-se que, o tema não se esgota na metodologia utilizada neste trabalho. Embora haja uma ampla gama de material bibliográfico tratando sobre o tema nos meios virtuais e publicados na literatura, também seria relevante que se realizasse uma pesquisa de campo, com a efetiva verificação e avaliação de um programa de Criminal Compliance instituído nas empresas, com o fim de realizar as ponderações positivas e negativas do mecanismo de prevenção aos delitos.



Ademais, embora fosse possível efetuar esse estudo de campo em tempos normais, o presente trabalho foi realizado ao tempo da pandemia provocada pelo vírus Sars-Cov-2, o qual provou a restrição das relações interpessoais e impossibilitou a aproximação dessas pessoas.

## REFERÊNCIAS

BOTTINI, 2016 (BOTTINI, P. C. **Aspectos Conceituais da Lavagem de Dinheiro**. In: BOTTINI, P. C.; BADARÓ, G. H. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL, **Lei 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre o crime de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm) > Acesso em: 08/07/2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RHC 80816 SP**. Relator: Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 18/06/2001. Publicação: DJ 18-06-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777318/recurso-em-habeas-corpus-rhc-80816-sp> > Acesso em: 08/07/2020.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. (Org). **Leis penais especiais comentadas**. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. **RHC 41.203 SP**. Relator: Néfi Cordeiro. Data de Julgamento: 03/06/2016. Publicação: DJe 12/06/2016. Disponível em: [tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340056238/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-41203-sp-2013-0328710-1/inteiro-teor-340056248?ref=serp](http://tj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340056238/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-41203-sp-2013-0328710-1/inteiro-teor-340056248?ref=serp) > Acesso em: 08/07/2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1405989**. Relator: Sebastião Reis Junior. Data de julgamento: 18/08/2015. Publicação: DJ 16/03/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178517709/recurso-especial-resp-1405989-sp-2012-0139716-1/decisao-monocratica-178517724> > Acesso em: 08/07/2020.

BUSATO, Paulo César. **Criminal Compliance: relevância e riscos**. Repositório da Universidade Lusíadas. Lisboa, 2018. Disponível em: <[http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4695/1/cejea\\_agra\\_busato\\_criminal\\_compliance.pdf](http://repositorio.ulusiada.pt/bitstream/11067/4695/1/cejea_agra_busato_criminal_compliance.pdf)> Acesso em: 10/07/2020.

**Conheça o que é e como ocorre a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo**. Banco do Brasil, *online*. Disponível

em: < <https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-seguranca/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo-e-a-corrupcao/conheca-o-que-e-e-como-ocorre-a-lavagem-de-dinheiro-e-o-financiamento-do-terrorismo#/>> Acesso em: 06/07/2020.

GLOECKNER, J. R; SILVA, D. L. **Criminal Compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere.** Revista de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil, v. 1, n.1, p. 142-172, jan-jun, 2014. Disponível em: < <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/issue/view/1733>> Acesso em: 06/07/2020.

NETO, L.P.C; CORDEIRO, N.; PAES, J.E.S. **Criminal Compliance anti-lavagem: prevenção penal por agentes privados e o direito ao silêncio.** Revista da Faculdade de Direito. UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 89-110, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63741>> Acesso em: 06/07/2020.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Compliance Criminal: revisão teórica e esboço de uma delimitação conceitual.** Revista Dun In Altum Cadernos de Direito. Faculdade Damas, Recife, PE, Brasil. V. 8, n. 15, p. 239-256, maio-ago. 2016. Disponível em: <<https://faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/375>> Acesso em: 10/07/2020.

TEIXEIRA, André; RIOS, Marcos. **Criminal Compliance, política criminal atuarial e gerencialismo penal: da sociedade disciplinar à sociedade de controle.** Revista de Criminologias e Políticas Criminais. Salvador, Bahia, v.4, n.1, p.98-113, jan-jun. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/4318>> Acesso em: 08/07/2020.

## **A DEFESA DOS DIREITOS E DIGNIDADE DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

**MARIA MARIANA SOUZA CAVALCANTE:**

Graduanda no curso de Direito do Centro  
Universitário Católica do Tocantins

ANTÔNIO CESAR MELLO[1]

OSNILSON RODRIGUES DA SILVA[2]

(orientadores)

**Resumo:** O presente estudo versa sobre questões referentes a evolução da tutela jurídica de proteções dos animais domésticos no Brasil, a presença de posições doutrinárias e se tais mandamentos se mostram eficazes na coibição de atos de violência, crueldade, maus tratos e extinção de muitas espécies, tanto no Brasil como em outros países. Procurar-se-á estabelecer parâmetros físicos, ambientais e processuais apontando a importância da implantação e respeito das leis para a sociedade e meio ambiente. Este trabalho gerou-se em razão da classificação concedida aos animais como “coisa” pelo ordenamento jurídico brasileiro, e em como os animais são rotulados e enxergados, bem como as consequências jurídicas desta classificação. O trabalho foi feito, de maneira qualitativa, também apresentou fatos quantitativos, foram usados para dar suporte a pesquisa bibliográfica, com dados optativos, qualitativos e conceituais. Obteve-se os dados por fontes secundarias por meios de consultas a livros, sites, artigos, revistas, literaturas relacionadas ao tema.

**Palavras Chaves:** Tutela; proteção; domésticos; legislação; respeito.

**Abstract:** The present study is about the issues related to the evolution of the legal guardianship for the protection of domestic animals in Brazil, the presence of doctrinal positions and whether these commandments are effective in restraining acts of violence, cruelty, mistreatment and extinction of many species, both in Brazil and in other countries. We will try to establish physical, environmental and procedural parameters, pointing out the importance of implementing and respecting the laws for society and the environment. This work was designed for the reason that the animals are considered "objects" by the Brazilian legal system and because of the way they are labeled and seen, as well as the legal consequences of this classification. The work was done in a qualitative way. Quantitative facts were also presented, which were used to support bibliographic research, with optional, qualitative and conceptual data. The data were obtained from secondary sources, through

consultations with books, websites, articles, magazines and literature related to the theme.

**Keywords:** Guardianship; protection; domestic; legislation; respect.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO; 2. ABORDAGEM CONTEMPÔRANEA EM ÉTICA AMBIENTAL; 2.1. ANTROPOCENTRISMO; 2.2. BIOCENRISMO; 3. DIREITOS DOS ANIMAIS NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO; 4. A TUTELA JURISDICIONAL; 5. PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DOS ANIMAIS; 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo central relatar sobre a evolução da proteção jurídica da dignidade dos animais domésticos no Brasil, e o modo como o ordenamento jurídico brasileiro visa assegurar a proteção desses animais, além de fazer uma análise das legislações nacionais e que medidas são tomadas para que seja garantida a efetivação de tal proteção, analisar a tutela jurisdicional, além de ter uma abordagem contemporânea em Ética Ambiental biocentrismo e antropocentrismo, “Valor Intrínseco e Relevância Moral”. neste estudo.

O direito dos animais é indispensável não só para a proteção desses seres vivos, mas também se relaciona aos direitos fundamentais como a liberdade e respeito, evitar o descuido e crueldade, além de promover o amparo ao meio ambiente, e impedir a extinção de inúmeras espécies.

Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem toda a pessoa, para o direito, é um ser humano. Sujeito de direito – centro de imputação de direitos e obrigações – é um gênero que abarca entes personificados (pessoas naturais/seres humanos – e pessoas jurídicas) e entes despersonificados (nascituros, massa falida, condomínio, herança jacente e vacante). Pessoa e sujeito de direitos, portanto, não são categorias equivalentes. Com essa compreensão é possível, juridicamente, perquirir acerca dos animais como sujeitos de direito despersonificados. (LOURENÇO; 2008).

Deve-se levar em conta que o direito a uma vida digna é para todos os seres vivos, não apenas seres-humanos, mesmo considerando que atualmente prevaleça o antropocentrismo, onde o homem se conceitua superior e centro das atenções. No entanto, por esta causa é fundamental que seja tomada uma atitude para que se aplique um cenário biocêntrico, na qual todas as espécies vivas têm o mesmo valor, notando que todos são capazes de sentir dor, fome, frio, sofrimento, e expressar sentimentos.

A visão antropocêntrica vê o homem como ser superior a todas as outras formas de vida, e o meio ambiente só merece proteção enquanto base de sustentação de atividades econômicas, destinada à satisfação das necessidades humanas.

A lei não faz distinção entre animais silvestres, nativos ou domesticados, protegendo de forma igual a todos eles, mostrando assim um real interesse em proteger os animais como sujeitos de direitos, apesar de não definir o que seriam atos cruéis, deixando uma ampla margem a interpretações nem sempre favoráveis aos interesses dos animais.

Mesmo que os animais ainda sejam vistos para maioria como instrumento para favorecer o homem, os estudos e mobilização para a aplicação desses direitos à realidade prática e o reconhecimento da dignidade de vidas não humanas sob o marco jurídico constitucional da proteção dos animais vem avançando e fortalecendo cada vez mais.

## **2. ABORDAGEM COMTEMPÔRANA EM ÉTICA AMBIENTAL**

### **2.1 ANTROPOCENTRISMO**

O Antropocentrismo vem da junção do termo “anthropos”, de origem grega, que significa humano, com o termo “kentron”, do latim, que quer dizer centro. Dessa maneira, pode-se afirmar que essa é uma concepção na qual entende que o homem é o centro do universo, isto é, a raça humana seria o parâmetro máximo de valor, e ao redor dos homens habitariam os demais seres. O homem é considerado centro do mundo porque é um ser dotado de raciocínio, e por isso é capaz de pensar, refletir, criar, aprender, transmitir hábitos e comportamentos, e principalmente se reconhecer como indivíduo, se diferenciando dos demais seres. Portanto quando é colocado em comparação com os demais animais, ele torna-se superior. (LEVAI, 2011, p 02).

Nesse sentido, a ética antropológica não procura atribuir relevância a nada que não seja do homem, os animais são vistos apenas como objetos meios que servirão aos fins humanos. Logo, sua importância é na medida de quão útil eles podem ser (visão utilitarista), de quão relevante eles são para manter uma vida humana sadia. Dessa forma, os não-homens não possuem um valor próprio, apenas um valor de uso. É através dessa forma de se pensar que muitos autores justificam a exploração humana sobre a natureza, reduzindo-a mero elemento a ser utilizado, sendo vista apenas como um recurso ambiental. Em seus dizeres, Levai afirma:

Há séculos que o homem, seja em função de seus interesses financeiros, comerciais, lúdicos ou gastronômicos, seja por egoísmo ou sadismo, compraz-se em perseguir, prender,

torturar e matar as outras espécies. O testemunho da história mostra que a nossa relação com os animais tem sido marcada pela ganância, pelo fanatismo, pela superstição, pela ignorância e, pior ainda, pela total indiferença perante o destino das criaturas subjugadas. Levai, (2011).

No que se refere à visão antropocêntrica, pode-se afirmar que o objeto final do Direito ambiental seria a garantia da vida humana em perfeita harmonia com o ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo.

Apenas subsidiariamente a garantia a todas as formas de vida essenciais à manutenção da vida humana no planeta seria protegida, devido à sua finalidade servil. Isto é, o sujeito do direito ambiental é o homem, já o meio ambiente em si é um mero objeto de direito, instrumento a serviço da sadia qualidade da vida humana.

Cuidar e dar um direcionamento do bem ambiental, somente para satisfazer as necessidades humanas seria apenas proteção indireta. Por isso a evolução do direito ambiental, tem uma abertura da visão antropocêntrica, no qual objetiva-se garantir todas as formas de vida, mesmo que a presença humana fique em segundo plano. Isso significa que Direito Ambiental não é só para a vida humana, mais sim tem o intuito de proteger toda e quaisquer forma em toda sua extensão ampliando sua proteção da vida.

Oportuno ressaltar que quando a norma se referir à flora como o objetivo final de proteção, estar-se-á diante da teoria ecocêntrica. Em que pese tal conceito se distanciar do presente foco de estudo, far-se-á a sua breve conceituação. Nesta visão o meio ambiente é patrimônio da humanidade. Além disso, defende que a natureza existe em si mesma e deve prevalecer sobre o ser humano. Cuida da proteção da natureza do ponto de vista da Lei Espiritual que não pode ser tratada como um objeto útil em benefício do homem. (SCHERWITZ, 2012, p.14).

Na Visão Antropocêntrica, o ser humano é o destinatário da norma constitucional e o homem é o único capaz de proteger e preservar o meio ambiente. De acordo com essa teoria, o bem ambiental está voltado para a satisfação das necessidades humanas, protegendo “indiretamente” outras formas de vida. Partindo dessa premissa, no que se refere ao aspecto antropocêntrico, é preciso investigar qual é a serventia do direito ambiental, se é somente à proteção da raça humana ou toda e qualquer outra forma de vida. (SCHERWITZ, 2012, p. 12).

Cumpra ainda esclarecer que, embora o direito seja antropogênico – criado por seres humanos – ele não está, por isso, fadado a ser antropocêntrico – definido pela ideia de que apenas o ser humano tem valor intrínseco e todo o mais possui

apenas valor instrumental, em função dos interesses humanos. Ser uma elaboração humana não implica que o direito não possa admitir valor inerente a seres não humanos, rompendo-se com a perspectiva antropocêntrica (OLIVEIRA, 2013).

Quanto à justificativa do problema apresentado, revela-se no estágio contemporâneo do tratamento jurídico dispensado aos animais, retratado, por Fábio Corrêa Souza de Oliveira, como um “limbo jurídico” (OLIVEIRA, 2011).

#### “Valor Intrínseco e Relevância Moral”

O debate sobre os fundamentos normativos da ética ambiental, as noções de Valor Intrínseco e Relevância Moral tornam-se termos-chaves para distinguir as posições normativas iniciais de seus participantes.

Como declarou recentemente um pesquisador, “infelizmente, a literatura sobre filosofia ambiental está repleta de definições confusas e conflitantes desses conceitos chaves,” ( O’Neill 1997:46). O valor intrínseco pode ser definido como, o oposto do valor instrumental (Lee 1996:300; O’Neill 1997:46). Um objeto de valor intrínseco é então considerado um fim em si mesmo, independentemente de sua possível utilidade para outras entidades. Não possui valor relacional. Isto é, se você possui propriedades características de um objeto e não tem referência em outras. Dessa forma, você se pergunta se o valor estético é um valor relacional. E ele conclui que é relacional, mas isso não é um impedimento para ser intrínseco no sentido não instrumental.

Os termos “valor intrínseco” e “relevância moral” são com frequência confundidos e usado de forma intercambiável, com base na presunção de que qualquer entidade que possua valor intrínseco tem também relevância moral.

Outros ambientalistas se referem ao termo “valor intrínseco”, como sendo um valor que existe sendo independentemente das avaliações de outros avaliadores, sendo considerado com valor de objeto, que pode ser descoberto por um avaliador e não descoberto por ele. Eles afirmam que o Valor intrínseco é independente de atitudes subjetivas preferencias ou outros estados mentais do ser consciente. Para eles valor intrínseco implica um conceito de valores objetivos (Rolston III, 1974:116).

## 2.2 BIOCENTRISMO

O **biocentrismo** (do grego bios, “vida”; e kentron, “centro”), trata-se de um conceito onde aponta que todas as formas de vida que possa apresentar – vegetal e animal, humana e não-humana são exclusivamente importantes, e que reconhecer e dar a todos os seres vivos um valor único respeitando assim as suas

qualidades naturais, é uma consequência lógica dessa visão biocêntrica, Peter Singer, (2008).

Após a década de 1950, surgiu o movimento chamado de biocentrismo, em oposição ao antropocentrismo, o qual tinha o homem em posição de centralidade, assim ensina *Ariadne Mansu de Castro, veja-se:*

Como alternativa a essa concepção antropocêntrica, encontra-se o biocentrismo, uma concepção segundo a qual todas as formas de vida são igualmente importantes, não sendo a humanidade o centro da existência. O biocentrismo preocupa-se com a vida, em todas as formas que possa apresentar – vegetal e animal, humana e não-humana, mostrando-se conciliador, integrador e holístico por definição. (CASTRO, 2008, s.p.).

Podemos dizer que a partir do século XX, o olhar da humanidade começou a considerar mais as vidas do planeta, passando a ter uma ética mais ecológica. Assim, é possível afirmar que biocentrismo representa um complexo de como pensar e agir, que faz dos seres vivos o centro das preocupações e dos interesses. Diante disso, o biocentrismo vem para proporcionar uma unidade universal, onde todos os seres são considerados detentores da mesma significância, deixando de lado o poderio humano.

O biocentrismo e o antropocentrismo, são éticas totalmente ao contrário, uma consagra o homem como centro do universo e a outra considera que todas as espécies existem para atender a vontade do homem. A “vida no centro”, biocentrismo, é uma perspectiva que liga a humanidade à todos os seres do planeta, fazendo com que os seres humanos não sejam mais o centro e sim toda a forma de vida é colocada no mesmo patamar, assim nenhuma espécie é melhor que a outra.

Podemos nos lembrar que a muitos séculos atrás a humanidade, exterminou com milhares de espécies, com isso, ocasionando uma suposta ocorrência de um desequilíbrio ambiental futuro tão grande que arriscaria a existência da vida humana.

Tendo-se em vista que todos dependem da preservação da natureza, e dos animais para subsistência de todos, a aplicação dessa nova ética é exigida urgente para desfazer essa ideia de superioridade e exclusão de seres não-humanos, capaz de romper com padrões egoístas e ampliar o âmbito moral do indivíduo, a fim de que todos os seres sejam nele integrados.

Assim, para formar um mundo pacífico, com meio ambiente equilibrado, tranquilo e cuidado, começa por novas atitudes e conscientização de toda a população, com isso o antropocentrismo poderá ser contestado, e imediatamente



começar a seguir a biocêntrica, saber que somos capazes de sentir, que estamos expostos a sofrimento, e não apenas a falar, racionalizar, ter direitos e deveres.

Bonavides (2003) aponta que o objetivo dos direitos fundamentais é "criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana" (BONAVIDES, 2003, p. 560 - 561). Assinala também, Bonavides (2006), que os direitos fundamentais podem ser designados como sendo todos os direitos e garantias especificados no instrumento constitucional, bem como aqueles direitos que receberam da Constituição da República Federativa do Brasil grau mais elevado de garantia, tão elevado grau de segurança que são ou imutáveis ou de difícil alteração.

Segundo a teoria biocêntrica os animais devem ser vistos como seres que merecem tutela em decorrência da sua caracterização intrínseca. Estabelece, ainda, uma proposta de análise da natureza sob os aspectos filosófico, econômico e jurídico, levando em conta, para tanto, a ética no Direito Ambiental. Vejamos:

O Biocentrismo preconiza que não devemos utilizar os animais somente com a finalidade de lucro. Visa permitir a exploração dos recursos ambientais, mas também promover a proteção dos seres vivos, estabelecendo como proposta analisar a natureza dos pontos de vista filosófico, econômico e jurídico. - Filosófico: Entender que a natureza é dotada de valor inerente que independe de qualquer apreciação utilitarista e de caráter homocêntrica. -Econômico: Entender que a natureza constitui valores de uso econômico direto ou indireto, servindo de paradigma ao antropocentrismo das gerações futuras, com a interpretação do artigo 225 da CF/88. - Jurídico: Entender que a natureza tem sido considerada ora como objeto, ora como sujeito, e vem ganhando força a tese de que um dos objetivos do direito ambiental é a proteção da biodiversidade (flora, fauna e ecossistemas). (SCHERWITZ, 2012, p. 13/14).

Em defesa da teoria do biocentrismo, segundo o Direito Ambiental, protege-se a vida de todas as formas, considerando que o animal tem conotação sobre ele mesmo, e não a serviço gerado para o homem. Na fauna existem seres vivos com muita sensibilidade, por isso deve-se tutelar a fauna, e que as necessidades humanas não são mais uma exclusividade, mais sim um cuidado com todos os seres vivos. O meio ambiente é composto por todos e não só por homens.

### **3. DIREITOS DOS ANIMAIS NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO**

São inúmeras as legislações nacionais e internacionais que protegem os animais. Para entender melhor como funciona as leis e sua eficácia, será necessário fazer um estudo na origem dos direitos dos animais.

As leis surgem, muitas vezes, quando um contingente expressivo de pessoas acredita que existem atos condenáveis que não devem ser admitidos pela sociedade. Essa relação entre repulsa social e ordenamento jurídico evolui com o decorrer do tempo, surgindo novos cenários e com eles novos valores e novas controvérsias. As leis, naturalmente, acabam acompanhando esse processo, normatizando essas novas situações. (MÓL E VENÂNCIO, 2015).

A análise da legislação dos povos e civilizações antigas revela que a relação homem-animal não era um tema de pouca importância ou até mesmo irrelevante para essas sociedades. Independentemente das abordagens filosóficas, religiosas, econômicas ou culturais que animam essas práticas, havia códigos de conduta e regras que regulavam certas ações dos homens em relação aos animais e vice-versa, todavia essa legislação não beneficiava o animal, mas o ser humano lesado em alguma relação com outro ser humano que envolvia a posse desse animal. (PACHON, 2017).

A primeira cidade do mundo que contou com uma lei de proteção aos animais foi Londres, em 1822. Uma norma para aqueles que maltratassem animais domésticos. Para garantir a aplicação desta lei, foi criada em 1824 a Royal Society for the Prevention of Cruelty to Animals (RSPCA), instituição que existe até hoje, representada em países como Escócia, Irlanda, Estados Unidos (1866) e Nova Zelândia (1882). (MÓL E VENÂNCIO, 2015).

No Brasil, a primeira norma que tratou da proteção aos animais foi o Decreto 16.590, de 10 de setembro de 1924. O decreto proibia as corridas de touros, rinhas de galos e de canários, e outras atividades que pudessem causar sofrimento aos animais (BRASIL, 1924). Posteriormente, o Decreto 24.645, de 10 de julho de 1934, regulamentou diversos tipos de maus tratos aos animais, que por sua vez foram disciplinados pelo Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das contravenções penais), que em seu art. 64, definiu as seguintes condutas:

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo: Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis. § 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. § 2º Aplica-se a pena com

aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público (BRASIL, 1941).

No âmbito do Código Civil brasileiro, a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os animais são considerados coisas, bem móveis, bens semoventes, com a mesma disciplina jurídica dos bens móveis e com a aplicação das regras correspondentes aos mesmos (art. 82 do Código Civil):

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social (BRASIL, 2002).

A constitucionalização dos direitos dos animais veio apenas com a Constituição de 1988, sendo o Brasil um dos poucos países do mundo que veda a crueldade contra os animais. A Constituição em seu artigo 225, § 1º, inciso VII proíbe a crueldade contra os animais. (LEVAI, 2006).

A Constituição insere o direito ao meio ambiente como direito fundamental e traz juntamente com este a preservação e a tutela dos animais, ultrapassando o campo jurídico e demonstrando uma preocupação ética e moral com o meio ambiente e todos que nele habitam. (SILVA, 2009).

A lei dos crimes ambientais, Lei nº 9.605/98, em harmonia com a Constituição 10 Federal de 1988, prevê de forma expressa em seu artigo 225, § 1º, inciso VII a vedação às práticas cruéis com os animais e traz penalidade para quem praticar atos de crueldade com os animais, in verbis:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

A lei não faz distinção entre animais silvestres, nativos ou domesticados, protegendo de forma igual a todos eles, mostrando assim um real interesse em proteger os animais como sujeitos de direitos, apesar de não definir o que seriam atos cruéis, deixando uma ampla margem a interpretações nem sempre favoráveis aos interesses dos animais.

Em seu §1º prevê que as experiências cruéis com animais ainda vivos serão tipificadas como crimes quando houver meios alternativos, apesar de hoje já ser reconhecido métodos alternativos para o uso dos animais com fins didáticos e científicos, eles continuam sendo utilizados de forma cruel tanto no ensino quanto pela indústria farmacêutica.

O Rio Grande do Sul foi o primeiro Estado a instituir um Código Estadual de Proteção aos Animais, através da criação da Lei Estadual nº 11.915 em 21 de maio de 2003.

Em São Paulo foram sancionadas diversas normas, como a Substitutiva ao Projeto de Lei Estadual 116/2000 disciplinando a criação, propriedade, posse, guarda, uso e transporte de cães e gatos no Município de São Paulo. E sendo mais um Estado a criar um Código de Proteção aos animais, projeto de lei nº 707 de 2003, criado pelo deputado Ricardo Trípoli, que em 25 de agosto de 2005 se tornou a Lei Estadual nº 11.977. O Estado de São Paulo aprofundou ainda mais o mecanismo de proteção, sendo que em 05 de março de 2010 foi criada, na cidade de Campinas, a Primeira Delegacia de Proteção aos Animais. Numa cerimônia realizada no Salão Azul da Delegacia Seccional da Polícia Civil.

Além destas, existem muitas outras leis por todo o Brasil reconhecendo os direitos dos animais. E dada a evolução que o país segue, a passos largos, neste sentido, o que se espera é que ocorram, em números cada vez mais elevados, leis que não só protejam os animais, mas também reconheçam seus direitos perante os seres humanos.

Uma breve digressão pelos manuais de direito civil permite fazer alguns apontamentos a respeito dos critérios utilizados pela doutrina para o reconhecimento do ser humano como sujeito de direito, no sistema jurídico pátrio:

O critério adotado por esses autores, como facilmente se identifica, é o da lei; sujeito de direito seria aquele que a legislação diz que é. Trata-se, pois, da nítida adoção da teoria kelsiana. Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito, “[...] escolhe fazer ciência apenas na ordem das proposições jurídicas (ciência), deixando de lado o espaço da ‘realização concreta do direito’” (STRECK, 2014, p. 36 e 38), como explica:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e

excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Este é o seu princípio metodológico fundamental. (KELSEN, 1994, p. 1).

Para Kelsen, existe uma divisão entre direito e ciência do direito é uma fulga do problema da interpretação do Direito, na sua aplicação. Kelsen achou impossível a superação desse esquema sujeito-objeto; ele pensa que o modo para ultrapassar o sujeito solipsista não haveria de existir da forma de uma alteração no modo de ser do sujeito. Procurando por uma ciência pura, Kelsen isola o seu objeto de qualquer influência externa, separando-o totalmente da moral e da política e, com tudo isso, desenvolve sua ideia de autonomia absoluta. O resultado de tudo isso é um espaço existente no âmbito da “moldura” de Kelsen (decisionismo).

#### **4. A TUTELA JURISDICIONAL**

Enfrentam-se diversas questões indefinidas ou mal resolvidas referentes à tutela dos animais não humanos no Brasil que impedem a evolução da matéria do país. A primeira delas trata da própria (in)adequação destes seres no direito brasileiro, ou a forma desordenada na qual isto foi feito durante os anos.

A própria definição de animal, conforme Castro (2009, p. 160) é um termo metajurídico e causa confusões pelas inúmeras espécies que abarca. No tópico seguinte demonstrar-se-ão as diversas mudanças legislativas concernentes ao status jurídico dos animais no Brasil, desde o século XX, que demonstram a total incerteza do legislador quanto à designação e ao tratamento coerentes àqueles, por vezes excluindo espécies de certos dispositivos e, em outras, abrangendo os seres em sua totalidade.

Buscando aproximar-se da definição dos cenários legislativo e constitucional brasileiro no que tange à tutela dos animais não humanos atualmente, analisar-se-ão os principais textos legais referentes à temática, bem como as decisões judiciais de maior importância para a definição de uma linha interpretativa dessas legislações.

A tutela dos direitos dos animais vem com a constituição de 1988, primeiro momento que se introduz a proteção ao meio ambiente engloba a esta os animais, como direito fundamental, não pelo viés da saúde ou econômico, mas como um fim em si mesmo. O meio ambiente como sujeito autônomo a ser tutelado pelo Estado e pela comunidade, assegurado pela carta magna, acompanhando uma tendência não apenas jurídica, mas uma mudança de percepções éticas, incluindo o meio

ambiente e todos que nele habitam como detentores de direitos constitucionalmente protegidos. (SILVA, 2009).

A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos e diz que “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, diz que a dignidade da pessoa humana é elevada à condição de princípio constitucional fundamental do Estado.

A intenção do constituinte ao inserir esse artigo como direito fundamental assegurado na lei maior, era de garantir que a dignidade de todos os seres humanos fosse protegida, principalmente das pessoas pobres e menos favorecidas, pois só assim poderemos viver um Brasil justo e digno para todos os seus habitantes.

Além do mais, é muito cômodo se utilizar de um atributo exclusivo da sua espécie para hierarquizar os sujeitos que devem ser protegidos pelo campo do direito. Vários são os atributos de outras espécies que nós seres humanos não possuímos, como a capacidade de voar com o próprio corpo, de respirar debaixo da água, de suportar baixas temperaturas, entre vários outros atributos do mundo animal que a nossa espécie não possui. (SPAREMBERGER e LACERDA, 2009).

A problemática é considerar como critério a ser pertencente ao grupo dos sujeitos que profundamente carregam a dignidade e a racionalidade. A simples capacidade de pensar de forma racional não deve ser o parâmetro que define quem pode e quem não pode ser explorado.

Seres capazes de sentir dor, medo, amor, de terem consciência de quem são e do mundo ao seu redor, bem como de terem o interesse em não serem explorados, torturados e mortos, carregam, intrinsecamente, o direito a terem sua dignidade tutelada, porque só assim a dignidade abrangerá a todos que dela tem o direito.

Estamos ainda arraigados a ideias retrógradas que nos fazem crer que os animais não humanos sejam desprovidos de capacidades cognitivas e sensitivas, da mesma forma que era ao tempo da escravidão.

Urge que mudemos conceitos jurídicos como a visão tradicional civilista que classifica animais como bens móveis, o que já vem sofrendo restrições legais em muitos países, conforme Prof. Daniel Lourenço muito bem explica:

Além do exemplo alemão, o Código Civil austríaco, de junho de 1811, modificado pela lei federal BGBI nº 97/1986, fez constar

em seu § 285-a: "Os animais não são coisa; eles serão protegidos por meio de leis especiais. As prescrições normativas em vigor destinadas às coisas não são aplicáveis aos animais [...]". Em maio de 1992, a Constituição da Suíça introduziu o art. 120-2, o qual prevê expressamente a proteção da "integridade dos organismos vivos". Nesta esteira, o Código Civil suíço de 1907, no recém incorporado art. 641, determinou que "os animais não são coisa". O art. 2.2. da Lei de Proteção Animal da Catalunha, datada de 4 de julho de 2003, estabelece que "os animais são seres vivos dotados de sensibilidade física e psíquica". O Código Civil da Moldávia afirma em seu art. 287 que "Os animais não são coisa, devendo ser protegidos por meio de leis especiais". O mesmo fenômeno pode ser observado na Lei de Proteção Animal da Polônia (1997) que reza: "Os animais são criaturas vivas capazes de sofrer. Não são coisa". O Código Civil francês foi igualmente modificado pela lei de 6 de janeiro de 1999 que modificou seus arts. 524 e 528. O novel art. 528 distingue os animais dos corpos inanimados, e o art. 524 separou os animais dos objetos destinados à exploração agrícola.

Na realidade o que devemos atingir é uma igualdade material, por se tratar de que os seres humanos são iguais entre si, se tratando do princípio de que todos os indivíduos são iguais perante a lei, igualar os animais aos humanos não traria proporcionalidade ao ordenamento, reconhecer as diferenças é o correto a se fazer, reconhece-las entre capacidades humanas e não humanas, e assim de uma forma plausível e consciente adaptar a lei de uma maneira autêntica, reconhece-los como sujeito de direito.

## **5. PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DOS ANIMAIS**

A natureza foi explorada durante anos pelos humanos, tirando dela todo o tipo de recursos, sem se preocupar com o futuro, sem compromisso com o meio ambiente, sempre pensando que recursos seriam inacabáveis, florestas foram devastadas, animais extintos, muitos sumiram do planeta, seus habitats naturais foram extintos, mandados para outros lugares, sem ter a preocupação de transportes, sem controle, causando sofrimento e dor aos animais, extinguindo várias espécies dessa forma.

Ainda hoje, infelizmente, a fauna bem como a flora, é objeto de ignorância e ganância de muitos. O homem esquece que é parte da natureza, que é ele próprio uma espécie animal, sobrepõe valores econômicos, e apenas o seu bem-estar acima

das demais espécies, julga-se superior e mais evoluído. As crenças religiosas, judaicas, cristãs, islamismo, contribuíram para as ideias de apropriação da natureza, há distorção de valores, preocupação com a economia dos povos, com a propriedade.

No cenário internacional, alguns movimentos são observados quanto a proteção dos animais, tais como: Em 1822 na Inglaterra o British Cruelty to Animal Act, algumas normas foram editadas na Alemanha em 1838 e na Itália em 1848, com normas contra mau trato e 1911 com o Protection Animal Act. Posteriormente em 1940 é promulgada uma Convenção Americana para proteção da fauna e da flora e em 1966 os Estados Unidos editam o Welfare Animal Act.<sup>32</sup> No Brasil, pode ser citado o Decreto 16.590 de 1924 em defesa dos animais (proibição de rinhas de galo ...) e o Decreto 24.645 de 1934 definindo diversas figuras típicas de maus tratos aos animais, entre outras leis tais como o Código de Pesca Decreto lei 221/67, Código de Caça ou Lei 5.197/67, posteriormente alterada pela Lei 7653/88, que conceituou a fauna silvestre como propriedade do Estado, entre outros. (RODRIGUES, 2012).

No Brasil, a maior inovação adveio com a Constituição Federal de 1988, dedicando capítulo inteiro ao meio ambiente, e considerando em seu artigo 225 o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental, e em seu parágrafo 1º inciso VII, proteção aos animais, dando-lhes natureza difusa e coletiva, portanto bem socioambiental de toda a humanidade, com imperativo moral que demonstra preocupação ética de vedar práticas cruéis contra os animais. Assim o direito conferido aos animais, torna-se a dever do homem e verdadeiro exercício de cidadania. Conforme Luis Sirvinskas:

“A fauna é um bem ambiental e integra o meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da CF. Trata-se de bem difuso. Esse bem não é público nem privado. É de uso comum do povo. A fauna pertence à coletividade. É bem que deve ser protegido para as presentes e futuras gerações.”

O marco da proteção legalista no Brasil, em favor dos animais, ocorreu em 1924, com o Decreto nº 16.590, que introduziu as "Casas de Diversões Públicas" e impediu, dentre outras ações, as de crueldade, brigas de galos e de pássaros silvestres.

Depois, vieram novas legislações, como o Código Florestal (Decreto nº 23.792/1934); a Lei de Proteção aos Animais (Decreto nº 24.645/1934), que conferia medidas protetivas aos animais. Em seguida adveio a Lei de Contravenções Penais, (Decreto-Lei nº 3.688/1941), proibindo a crueldade contra os animais e a



classificando como contravenção penal - delito considerado de menor potencial ofensivo. Também foram promulgados: o Decreto 50.620/1961, que vetou a prática de rinhas de "brigas de galo"; o Código de Pesca (Decreto-Lei nº221/1967); Lei de Proteção à Fauna (Lei Federal nº 5.197/1967); Lei da Vivissecção (Lei Federal nº Lei nº 6.638/1979); Lei Federal nº 7.173/1983, que regula o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos; Lei dos Cetáceos (Lei Federal nº 7.643/1987); Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1991), dentre outras legislações.

Saliente-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe a maior inovação, estatuidando a proteção do meio ambiente, fauna e flora, proibindo práticas cruéis contra os animais. Assim, a tutela jurídica dos animais passou a ter *status* constitucional:

Art. 225, - *caput*, C.F.: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos [...]

Ao realizar uma leitura mais atenta do dispositivo, nota-se que a palavra "vida", significa "vida da espécie humana", ou seja, o meio ambiente e os animais são "bens fundamentais do homem" para que se exerça a dignidade da pessoa humana. Portanto, em nossa constituição, as demais espécies animais da fauna brasileira ainda não são consideradas como seres merecedores de proteção por terem um valor próprio, mas sim como bens difusos, administrados pelo Estado (conforme artigos 23,VII e 24,VI da CFBR/1988), e necessários para a preservação da existência digna da espécie humana. (LOURENÇO.op.cit.p.54).

Já há Delegacias de Polícia em alguns Estados, especializadas sobre o tema. Em São Paulo, inclusive, há a Delegacia Eletrônica de Proteção dos Animais (DEPA), bem como também existe a Divisão de Investigação sobre Infrações e Maus-Tratos a animais e demais crimes contra o Meio Ambiente.

Contudo, houve significativos avanços na tutela jurídica ambiental, o novo texto constitucional ainda não conseguiu de maneira eficaz incorporar um modelo ideal para melhor proteção da natureza, sendo esta como um ser vivo que requer tratamento especial e levando em conta as suas mais variadas formas. Não podemos desmerecer nossa Constituição, pois estamos avançando muito para a proteção dos animais não humanos.

## **6. CONCLUSÃO**

O presente trabalho versou sobre a evolução da proteção jurídica da dignidade dos animais domésticos no Brasil, e o modo como o ordenamento jurídico brasileiro visa assegurar a proteção desses animais, além de fazer uma análise das legislações nacionais e que medidas são tomadas para que seja garantida a efetivação de tal proteção, analisar a tutela jurisdicional, além de explorar o conceito e de ter uma abordagem contemporânea em Ética Ambiental biocentrismo e antropocentrismo, "Valor Intrínseco e Relevância Moral".

A proteção dos direitos dos animais como direitos que lhe são intrínsecos, é um novo ramo do direito, pensamento moderno e novas tendências, ainda pouco abordado e certamente precisa ser mais estudo e aprofundado, fundamental para todos os estudiosos de direito, para toda sociedade, para o meio ambiente, para os amantes da natureza e dos animais.

Vem sendo aplicado ao longo tempo da história a respeito de todas as formas de vida, ainda que o homem sendo forçado a admitir que não é uma criatura acima das outras criaturas.

O animal ainda vem sendo discriminado, muitas pessoas não se questionam a respeito do tratamento dado a eles, a visão antropocêntrica ainda é o centro dessa discriminação, mais isso muda muito quando é aplicado o biocentrismo, que o mundo não gira em torno dos homens, mais sim em torno de todo e qualquer ser vivo.

Para a melhoria da condição desses animais é a existência da possibilidade da alteração do status jurídico, passando o animal a ser um sujeito de direito, para possuir uma maior proteção do poder público.

Diante do exposto, percebe-se que o ser humano vem buscando o direito dos animais em uma evolução de adequação, criam Leis que regulamentam situações que é possível que os animais sejam reconhecidos como seres de direito.

Assim, a dignidade e o direito dos animais devem partir do mesmo princípio da dignidade humana, sobretudo no que diz respeito a animais de estimação como integrantes dos lares de família, com uma grande relação de afetividade, da mesma forma, quanto aos animais de produção, buscando um maior cuidado bem-estar animal.

O valor intrínseco defende que a vida humana tem um valor sagrado, e que deve ser respeitada pela sua totalidade, independentemente de seres humanos e não humanos, todas as vidas devem valer por si próprias, pela sua essência, e não com base em valores antropocêntricos. Sendo assim, os animais poderão, finalmente, gozar de um posicionamento digno e de uma vida justa e com muito respeito e dignidade.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 06 abril 2020

\_\_\_\_\_, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Editora Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_, **Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm)>. Acesso em: 12 abril 2020.

\_\_\_\_\_, **Decreto Nº 24.645 de 10 de julho 1934**. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1934. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 07 abril de 2020.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 05 abril de 2020.

\_\_\_\_\_, Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 351 de 2015**. Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso em: 05 abril 2020.

\_\_\_\_\_, **Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em 04 abril 2020.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Direito dos animais na legislação brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

CASTRO, Marcos Augusto Lopes de. Classificação ontológico-normativa dos animais. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, Instituto de Abolicionismo Animal, v. 4, n. 5, jan./dez. 2009, pp. 159-182.

CÓDIGO ESTADUAL DE PROTEÇÃO AOS ANIMAIS. Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. » - Lei nº 14.229, de 15 de abril de 2013. » - Lei nº 13.252, de 17 de setembro de 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LEVAI, Laerte Fernando. Artigo Os animais sob a visão da ética. Publicada pela Alpa - Associação Leopoldense de Proteção dos Animais. In revista **Brasileira de Direito Animal** de 2006.

\_\_\_\_\_, L. F. Ética ambiental biocêntrica: Pensamento compassivo e respeito à vida. Jus Humanum: Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Cruzeiro do Sul. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 02, jul./dez. 2011. P. 171-190.

LEE, K The source and locus of intrinsic value: a reexamination. **Environmental Ethics**, n 18, 1996.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. 1ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antônio.

MÓL, S.; VENÂNCIO, R. **A Proteção Jurídica dos Animais no Brasil**: uma breve história. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

O'Neill, John (1997). O valor intrínseco da natureza. In The Monist, Vol. 75, Edição 2, p 46. Recuperado de pdcnet.org.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos humanos e direitos não humanos. In: KLEVENHUSEN, Renata; FLORES, Nilton Cesar (Org.). Direito público e evolução social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_, Fábio Corrêa Souza de. Bases de sustentação da ecologia profunda e a ética animal aplicada (o caso Instituto Royal). In: BOFF, Salete Oro; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; TRINDADE, Andre Karan (Org.). Direito, democracia e sustentabilidade: anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: Imed Editora, 2013.

PACHON, M. P. G. **Leituras sobre direito do meio ambiente**. Bogotá: Externado de Colômbia, 2017.

RODRIGUES, Danielle Tetu. O direito e os animais. 4ª ed. Juruá, Curitiba.

ROLSTON III, H. Is there an ecological ethic? **Ethics**, n.85, 1974.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

SINGER, Peter. Libertação animal. 2. ed. Porto: Via Óptima, 2008.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHERWITZ, Débora Perilo. As visões antropocêntrica, biocêntrica e ecocêntrica do direito dos animais no Direito Ambiental. Revista Zumbi dos Palmares, 2012. Disponível em: . Acesso em: 28 de julho de 2020.

SPAREMBERGES, Raquel Fabiana Lopes; LACERDA, Juliana. Os animais no 31 direito brasileiro: desafios e perspectivas. Revista Amicus Curiae – Direito – Universidade do Extremo Sul Catarinense., [S.l.], p. 184-202, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

#### NOTAS:

[1] Graduado em Direito pela Universidade Ritter dos Reis (Canoas-RS). Especialista em Direito e Estado pela Universidade do Vale do Rio Doce (Governador Valadares-MG). Mestre, em Ciências do Ambiente pela Universidade Federal do Tocantins-UFT, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Belo Horizonte). Professor da Universidade Estadual do Tocantins e da Centro Universitário Católica do Tocantins

[2] Graduado em Filosofia pela UNESP-Marília, especialista em Filosofia pela UCB e Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela UFT. Atua como professor no Ensino Superior e Médio. É formador de professores em Metodologias Ativas da Aprendizagem e entusiasta do ensino mediado por tecnologias digitais.

## **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: CONSEQUÊNCIAS E RESPONSABILIDADE DO ESTADO DO TOCANTINS NA REPARAÇÃO DOS DANOS DECORRENTES**

**LAYSLA DA SILVA COSTA:**

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

*ME. IGOR DE ANDRADE BARBOSA[1]*

*(orientador)*

**Resumo:** O Estado é responsável por garantir o direito ao acesso à saúde, com segurança e dignidade, proporcionando uma assistência humanizada e de qualidade, resguardando a integridade física, moral, psicológica e emocional dos usuários do sistema público de saúde. O desenvolvimento do conteúdo ocorrerá por meio da construção lógica pautada em três elementos constituintes, quais sejam, embasamento técnico-científico sobre o tema violências obstétrica, o dever do Estado em prover a saúde de maneira integral, igualitária e gratuita aos usuários englobando a judicialização como mandado para assegurar o direito social e a responsabilidade Estatal. Este trabalho apontará os atos caracterizados como violência obstétrica, às consequências da violação das garantias constitucionais no âmbito hospitalar e responsabilidade do Estado do Tocantins em decorrência da violência obstétrica praticada por profissionais de saúde em unidades de atendimento da rede hospitalar pública estadual.

**Palavra-Chave:** Acesso à saúde. Violência obstétrica. Responsabilidade. Reparação. Estado do Tocantins.

**Abstract:** The State is responsible for ensuring the right to access to health, with safety and dignity, providing humanized and quality care, physical, moral, psychological and emotional integrity of users of the public health system. The development of the content will take place through of the logical construction based on three constituent elements, namely, technical-scientific basis on the theme obstetric violence, the duty of the state to provide health in an integral, egalitarian and free manner to users encompassing judicialization as a mandate to ensure social right and State responsibility. This paper will point out the acts characterized as obstetric violence, to the consequences of the violation of constitutional guarantees in the hospital and responsibility of the State of Tocantins due to obstetric violence practiced by health professionals in state public hospital network.

**Keywords:** Access to health care. Obstetric violence. Responsibility. Repair. State of Tocantins.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2 Fundamentação Teórica. 2.1 Violência Obstétrica. 2.2 Contexto Histórico. 2.3 Atos Caracterizados como Violência Obstétrica. 2.4 Consequências em Decorrência da Violência Obstétrica. 3 Direito ao acesso á saúde. 3.1 Direito á saúde da mulher – Gestaçã, Pré-parto e Parto. 3.2 Judicializaçã da Saúde. 3.3 Judicializaçã da Saúde no Estado do Tocantins. 4 Responsabilidade do Poder Público. 4.1 Reparaçã dos danos causados a mulher, vítima de violênci obstétrica. 4.2 Responsabilidade do Estado do Tocantins por ato cometido por Agente Estatal no âmbito da saúde pública. 5 Considerações Finais. 6 Referênciás.

## 1 Introdução

O Artigo tem como principal objetivo demonstrar a responsabilidade do Estado do Tocantins na reparaçã dos danos causados a mulher, vítima de violênci obstétrica praticada por profissionais de saúde no âmbito da saúde pública. O enfoque principal da temática a ser abordada é a demonstraçã da real existênci da violênci obstétrica e a necessidade da responsabilizaçã jurídicã dos agentes praticantes desse tipo de agressã, visto que, na maioria dos casos, as vítimas são silenciadas ou desconhecem os limites das intervenções médicãs necessárias ao desenvolvimento de forma saudável e segura do pré-natal, parto e pós-parto.

A violênci obstétrica decorre de tratamentos agressivos e vexatórios, recusa no atendimento, intervenções e procedimentos médicos não necessários, omissã e descaso por parte dos profissionais de saúde envolvidos no atendimento à parturiente. A realidade social mostra que casos dessa natureza normalmente são tratados com naturalidade nos centros obstétricos, já que boa parte das mulheres desconhecem seus direitos relativos ao tratamento humanizado e a reparaçã dos danos físicos, morais e psicológicõs decorrentes de tal prática agressiva.

No ano de 2010 foi realizada pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Serviço Social do Comércio (SESC), o estudo Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Públicos e Privados, que apontou que 1 (uma) em cada 4 (quatro) mulheres (25% das pesquisadas) sofreram algum tipo de violênci obstétrica, que envolve agressã de natureza física, verbal, psicológicã e até sexual.

No Brasil, não existe Lei Federal dispendo diretamente sobre Violênci obstétrica e condutas típicas, apenas leis e portarias que definem alguns atos contra indicados durante o parto, ficando a cargo dos Estados a regulamentaçã sobre o tema. No âmbito Nacional, tramita o Projeto de Lei 7.633/2014, que dispõe sobre a humanizaçã da assistênci à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providênciás, porém não tem data prevista para ser colocado em pauta para votaçã.

Frente à realidade, o contexto legislativo do Estado do Tocantins é diverso, visto possuir leis específicas sobre o assunto, sendo estas, a Lei nº 3.113 de 02 de junho de 2016, que instituiu o parto humanizado nas unidades de saúde do estado, e a Lei nº 3.385 de 27 de julho de 2018, que dispõe de forma direta da ocorrência de violência obstétrica no atendimento no âmbito das unidades de saúde do estado do Tocantins.

Neste ponto, destaca-se a recente alteração da Lei nº 3.385/2018 por meio da Lei nº 3.674/2020, na qual, introduzem ao texto legislativo algumas condutas que são consideradas ofensas físicas ou verbais, quais sejam, privar a liberdade de comunicação da parturiente, realização de procedimentos que intensifiquem a dor ou causem dano por mera conveniência, recusa no atendimento a gestante em trabalho de parto e outras medidas. Ressalta-se ainda, a obrigatoriedade da disponibilização do exemplar da lei em todas as unidades de saúde do Estado.

Entretanto, apesar da proteção legislativa direcionada às gestantes e mulheres em situação de puerpério, os resultados numéricos e efetivos da real situação da violência no Estado, segundo o projeto científico Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins, são exorbitantes. Segundo a pesquisa realizada com 56 mulheres em 14 maternidades públicas, 49 destas relatam que sofreram variadas formas de violência. “Dentre as 56 entrevistadas, 43 sofreram violência e identificaram o que era violência; seis sofreram violência, mas não a identificaram, e sete afirmaram não ter sofrido violência por parte dos profissionais nas maternidades”[2], totalizando 88% das entrevistadas.

O desenvolvimento do trabalho ocorrerá por meio de uma construção lógica fundamentada no direito ao acesso a saúde de maneira digna e cidadã e a violação dos direitos constitucionais relativos à mulher no âmbito hospitalar caracterizados como violência obstétrica. O conteúdo é direcionado à saúde pública do Estado do Tocantins, a fim de apontar a responsabilidade em decorrência da violação e o direito de reparação dos danos, visto que mulheres são submetidas a tratamentos negligentes, sofrimento induzido e situações vexatórias, não obtém suporte ou auxílio, desconhecendo seus direitos fundamentais de atendimento adequado, humanizado, “privacidade respeitada e tratamento digno”, conforme preconiza o parágrafo 2º, inciso I da Lei Estadual nº 3.113/2016.[3]

## **2 Fundamentação Teórica**

### **2.1 Violência Obstétrica**

A palavra Violência deriva do Latim *violentia*, termo designado para definir ações e comportamentos de caráter agressivo empregado a outrem na intenção de



ameaçar, constranger, oprimir, violar a liberdade e direitos de terceiros por meio do uso da força e intencional. Existe uma multiplicidade de formas de manifestação, comumente conhecidas e definidas como a violação física, verbal, moral e psicologia, ocorrendo normalmente de forma conjunta e graus de intensidade que tendem a elevar.

Segundo definição e entendimento consolidado da Organização Mundial da Saúde (OMS), o ato de violência pode ser definido como:

Uso intencional de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação[4].

Violência obstétrica, violência institucional, violência no nascimento são alguns dos termos designados para definir ações desrespeitosas direcionadas a mulher durante a gestação ou período que compreende o assistencialismo no pré-parto, parto e pós-parto. Segundo Lansky *et al*;

Essa terminologia foi proposta para a identificação de qualquer ato de violência dirigido à gestante, parturiente ou puerperal ou seu bebê, praticado durante a assistência profissional que significa desrespeito a autonomia, integridade física e mental que podem afetar severamente seus sentimentos, opções e preferências[5].

Ao introduzir este cenário de crueldade e violação dos direitos humanos ao momento do parto, pós-parto e puerpério caracteriza-se a violência obstétrica, forma complexa de agressão, realidade dolorosa e que pode ocasionar graves consequências para a mulher, entretanto pouco conhecida, discutida, silenciada e quase nunca denunciada pelas vítimas.

O Ministério da Saúde, na data de 03 de maio de 2019 publicou despacho referente ao posicionamento oficial quanto o uso do termo, segundo o entendimento "violência obstétrica tem conotação inadequada, não agrega valor e prejudica a busca do cuidado humanizado no *continuum* gestação-parto-puerpério"[6].

Fazendo referência ao termo como impróprio e ilegítimo, pois direciona ao uso intencional da força, portanto, não seria adequada a utilização, visto não se aplicar a todas as situações de incidentes ocorridos durante o parto, pós-parto e

puerpério, tampouco, que os profissionais não tinham a intencionalidade de causar danos.

Após a repercussão negativa do documento oficial em que visava à abolição do termo em documentos de políticas públicas e a recomendação do Ministério Público Federal, o Ministério da Saúde reconheceu por meio de ofício o direito legítimo de utilizar a nomenclatura que melhor represente as violações sofridas pela mulher no momento do parto.

## 2.2 Contexto Histórico

Atualmente considerada violência de gênero, a violação dos direitos relativos à gestante e parturiente é uma realidade praticada há muito tempo na rede pública e privada de saúde, tornou-se um fato de relevância social e jurídica em decorrência da não observância do emprego do parto humanizado, procedimentos desrespeitosos e excessivos que interferem na autonomia de decisão e reprodutiva.

O reconhecimento da violência obstétrica como problema de saúde pública teve algumas de suas primeiras conquistas durante os anos 1980, quando tiveram início várias convenções internacionais sobre saúde e direitos sexuais e reprodutivos, bem como novas recomendações da Organização Mundial de Saúde sobre tecnologia apropriada para o nascimento.

O fato de que Venezuela, Argentina e México incluem formas de violência obstétrica como ofensas legalmente puníveis revela que algumas práticas de parto ainda estão gerando tensões importantes dentro de diferentes países da América Latina.

Zanargo, *et al*; discorre que

Um dos países mais envolvidos com essa temática na América Latina é a Venezuela, onde foi promulgada a lei intitulada “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” (Venezuela, 2007), que defende os direitos das mulheres e estabelece 19 formas de violência dentro das quais se encontra a violência obstétrica.[7]

Quando se trata da prática da violência obstétrica no Brasil a principal tarefa da comunidade acadêmica e profissional é mostrar o grau de relevância do debate sobre essas questões, que se estendem além dos efeitos físicos das vítimas que sofrem esse tipo de violência. No Brasil, todos os dias, mulheres relatam experiências

negativas com a assistência ao parto e que são classificadas como casos de violação ao parto.

No Brasil, não existe legislação em caráter protetivo ou punitivo específico dispendo sobre o tema em âmbito nacional, apenas diretrizes do parto humanizado, a respeito das normativas de enfrentamento à violência obstétrica, Macedo (2019) fortalece que “A força da legislação ainda é necessária para uma regulamentação formal e jurídica do que pode ou não ser feito a uma mulher neste momento tão especial quanto delicado. Se não para punir, para educar”[8].

Nos últimos anos, defensores do parto humanizado e direito a autonomia do corpo feminino em diferentes partes do mundo começaram a usar o conceito 'violência obstétrica' para enfatizar a violência implícita praticada durante a gestação e fases subsequentes. Neste sentido “é perceptível a luta das mulheres para ter os seus direitos garantidos em todos os aspectos, com isso o movimento contra a violência obstétrica tem se estendido tanto no meio social como no meio acadêmico”.[9]

### **2.3 Atos Caracterizados como Violência Obstétrica**

A violência obstétrica é um tipo de violência de gênero que engloba diversas condutas desrespeitosas e desumanas. Se manifesta no sentido de retirar a autonomia feminina para decidir os procedimentos e intervenções, as medicações, a forma de desenvolvimento do parto no período que corresponde a gestação, parto e pós-parto, interferindo no processo reprodutivo, sexual e fisiológico.

Inclui uma multiplicidade de práticas violentas às quais as mulheres são submetidas quando dão à luz em ambientes hospitalares. Segundo descrevem Zanardo; *et al* (2017) a violência obstétrica “[...] exercida pelos serviços de saúde, e se caracteriza por negligência e maus-tratos dos profissionais com os usuários[...]”[10]. Algumas das condutas incluem abusos verbais, condutas físicas, psicológicas e procedimentos médicos na tentativa de acelerar o parto ocasionando intensa dor e sofrimento a parturiente.

Violência obstétrica verbal: está direcionada a todo e qualquer comentário capaz de constranger, humilhar e ofender. Frases do tipo “Cala a boca! E faz força!”, “Na hora de fazer gostou, né”, “Não dói tanto assim! Você é fraca! Isso é só frescura”, proferidas pelo corpo de atendimento médico, institucionalizadas no ambiente hospitalar e direcionadas a parturientes são caracterizadas como VO.

Violência obstétrica psicológica: A violência psicológica e a verbal estão intimamente relacionadas, pois decorrem das palavras proferidas pelos envolvidos no atendimento. Entretanto, diferem no resultado produzido. Estas deixam marcas na personalidade e psique da pessoa, causando sentimentos de instabilidade emocional, medo e insegurança.

Violência obstétrica física: uma série de práticas, condutas e intervenções realizadas de forma rotineira nos centros obstétricos são naturalizadas sem considerar as necessidades, vontades e liberdade de escolha da mulher, principal protagonista do parto. Neste contexto, podem incluir nestas ações a realização do toque em excesso, raspagens dos pelos pubianos, imobilização dos braços ou pernas, lavagem intestinal, privação de escolher a posição do parto, cesárea em quantitativo abusivo e por conveniência.

Podem ser descritos ainda, o uso de procedimentos capazes de intensificar a dor com o intuito de acelerar o processo, como é o caso da aplicação do soro com ocitocina (homônio responsável por auxiliar nas contrações), episiotomia (corte feito no períneo, região entre o ânus e a vagina) sem prescrição médica, uso do fórceps (instrumento que força a saída do feto) e a manobra de kristeller.

Violência obstétrica em casos de abortamento: a violência obstétrica nessas situações são pouco conhecidas e difundidas, caracterizado pela culpabilização e questionamento no que tange as causas do aborto, seja espontâneo ou induzido. Engloba inclusive, a demora no atendimento, condutas realizadas sem o consentimento ou não utilização do anestésico.

Violência obstétrica em decorrência de negligência: configura-se pela recusa, demora ou negação no atendimento. Neste contexto, constitui ainda essa forma de violência à atuação irresponsável ou imprudente dos profissionais de saúde e a privação do acompanhamento a parturiente, instituído pela Lei 11.108/2005.

## **2.4 Consequências em decorrência da Violência Obstétrica**

A temática sobre a violência contra a mulher tem se mostrado uma dura realidade para a sociedade brasileira e mundial, e, se fazendo uma das modalidades mais praticadas e distorcidas. A violência praticada contra mulheres em situação de gestação se coloca como a uma das mais desumanas, momento em que se encontra totalmente vulnerável e indefesa.

Identificar o tipo de violência obstétrica e a forma como é praticada no ambiente hospitalar e consultórios é uma das formas mais eficientes de prevenção,

proteção e responsabilização dos profissionais e instituições que estejam direta e indiretamente envolvidos.

Neste ponto, é importante desmistificar a ideia de que apenas o médico obstetra é autor desta prática. Na verdade, todos os indivíduos que estejam envolvidos no atendimento podem ser agentes causadores, compreendem os funcionários da administração do hospital, atendentes, recepcionistas, técnicos em enfermagem, enfermeiros, anestesistas e os médicos.

Discutir as consequências decorrentes dessa conduta abusiva, negligente e desumana é imprescindível, considerando que os resultados vão além do ambiente hospitalar. Interferem diretamente no íntimo da mulher, em muitas situações gerando impactos negativos, deixando cicatrizes permanentes no físico, emocional e psicológico.

A respeito da utilização do fórceps Cunha dispõe "O fórceps obstétrico é um instrumento destinado a apreender a cabeça fetal e extraí-la através do canal do parto"[11] objetivando auxiliar na expulsão do feto, com o intuito principal de reduzir o sofrimento fetal e o risco materno, é indicado em casos excepcionais a depender da análise clínica.

A utilização pressupõe técnica, especialidade e experiência do profissional médico. Entretanto, o parto com fórceps em alguns casos resultam em consequências danosas ao corpo feminino, podendo sofrer laceração da vagina, lesão perineal ou cervical, firmando isto, Sharpe (2017) discorre que "A região sofre dano muscular com frequência, o que pode afetar o reto ou a bexiga".[12]

Outro ponto, é a realização da monobra de Kristeller. Considerado um procedimento doloroso e violento, é caracterizado pelo emprego de força física na parte superior do útero com o intuito de acelerar o parto. O Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente desenvolveu pesquisa pontuando as complicações associadas a realização da monobra, segundo o texto as principais ocorrências são:

Dor abdominal persistente após o parto; Escoriações abdominais; Fratura de costela; Lesões perineais (dois estudos de boa qualidade metodológica mostraram que a pressão sobre o fundo uterino é um fator de risco para trauma de esfíncter anal e lacerações de 3º grau); Ruptura de baço; Ruptura de fígado; Ruptura de útero; Trauma de pedículo tubo-ovariano[13].

No Brasil, o Ministério da Saúde proibiu a técnica de Kristeller por considerar a manobra agressiva e por não possuir evidências de benefícios para a mãe ou para o bebê.

A Episiotomia é o corte cirurgico na região do períneo com o intuito de aumentar o canal vaginal, segundo a pesquisa Nacer no Brasil o procedimento foi realizado em 53,5% das mulheres entrevistadas que tiveram parto normal. Teoricamente deveria ser empregado em caráter excepcional, em que a mulher deve ser orientada os motivos pelos quais o corpo médico indica o corte, pressupondo altorização da parturiente para a realização.

Entretanto, é duramente criticado por grupos defensores do parto humanizado em decorrência da banalização da episiotomia, cicatrização dolorosa e interferencia no ato sexual feminino. Uma série de complicações são associadas ao corte cirurgico, neste sentido o artigo Episiotomia, publicado por Adriana Moura (2015) rotula as principais ocorrências, sendo estas:

[...] há risco de fibrose, dor prolongada, dificuldade de cicatrização e perda da sensibilidade na região. Alguns estudos da Biblioteca de Cochrane (ONG mundial que revisa publicações da medicina) mostram que a episiotomia pode trazer complicações graves, como laceração e frouxidão na região perineal, que, por sua vez, levam a problemas intestinais (caso de Amy Herbst!) ou, até mesmo, na contenção de órgãos como o intestino. Por outro lado, se a episiotomia não for realizada e houver rompimento extenso, as consequências podem ser as mesmas que as da incisão malfeita.[14]

Não possuindo evidências científicas capazes de comprovar a necessidade do corte durante o parto, em diversas situações resulta no chamado "ponto do marido". O ponto realizado é a extensão da psiotomia, ocorre mais suturas do que o necessário, com o intuito de tornar o canal vaginal mais estreito visando o prazer sexual masculino, tornando a recuperação ainda mais dolorosa.

Neste contexto, discorre Martins *et al*;

As consequências desse tipo de violência podem ser devastadoras para a mulher, e muitas vezes causam um trauma físico e psicológico, relacionado às atitudes e procedimentos desrespeitosos, esse tipo de tratamento não só viola os direitos das mulheres, como também ameaça o direito à vida[15].

Abordar o contexto das consequências em decorrência dos atos considerados violência obstétrica é um cenário amplo e complexo. A autonomia de escolha feminina é mitigado, desrespeitando a integridade física, moral e psicológica, gerando em muitas situações cicatrizes permanentes e hematomas evitáveis.

### **3 Direito ao acesso à Saúde**

A saúde é um direito fundamental instituída pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. O documento oficial tem o objetivo de garantir o mínimo existencial à sobrevivência de forma digna por meio da união e cooperação mútua dos povos e nações, definindo regramentos de proteção e igualdade com três princípios básicos, quais sejam, liberdade, justiça e paz no mundo.

O Artigo XXV da Declaração disciplina os preceitos fundamentais relativos à saúde, bem estar e segurança, dispondo que:

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a saúde.[16] (PARIS, 1948, Art. 25)

Neste sentido observa-se que o direito a vida, considerado o princípio basilar e pré-requisito dos demais direitos está intimamente relacionado com o direito a saúde, constituindo dogmas básicos para a atuação do poder público por iniciativas pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana, assegurando a cidadania, liberdade, integridade física e moral da sociedade.

No cenário brasileiro a saúde foi elevada ao rol de direitos sociais com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que institui o dever do Estado em prover serviços públicos relativos saúde, de forma digna e eficaz a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

Os direitos e garantias fundamentais estão dispostos no Art. 6º, título II, capítulo II da CF/88, definindo que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”[17].

Em decorrência da inclusão da saúde como mandamento constitucional impondo que é dever do Estado em prover e direito de todos os cidadãos foi implantado o Sistema Único de Saúde (SUS). Pautado pelo princípio da cooperação, a União, Estados e Municípios atuam em conjunto por meio de políticas públicas que norteiam as ações e diretrizes dos serviços de saúde no país.

As ações do SUS não estão condicionadas apenas aos atendimentos hospitalares, mas abrange a promoção à saúde no sentido de prevenir doenças, recuperar doentes, fornecimentos de medicamentos e insumos, desenvolvimentos de pesquisas e informação, ações sanitárias e outros seguimentos de serviços de maneira integral e gratuita.

### **3.1 Direito à Saúde da Mulher – Gestação, Pré-parto e Parto**

O mandamento constitucional prevê ao cidadão o acesso à saúde de maneira gratuita e igualitária, alicerçados no princípio da dignidade humana e cidadania. Ao tratar especificamente do direito durante o ciclo gravídico o Estado por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) traçou diretrizes específicas no que tange o acompanhamento gestacional.

A Lei nº 9.263/96 regulamenta o planejamento familiar definindo um conjunto de ações destinadas ao atendimento integral ao núcleo. O Art. 3º, parágrafo único da legislação determina a “assistência à concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis; o controle e prevenção do câncer cérvico-uterino e do câncer de mama”[18], como direito da mulher.

As gestantes e lactantes é garantida o atendimento prioritário em hospitais, empresas públicas e órgãos pela Lei nº 10.048/2000, sendo vedada a recusa ao atendimento médico. A Portaria nº 569/2000 do Ministério da Saúde é considerada de grande relevância na instituição das garantias das gestantes, em decorrência deste, regulamenta no âmbito do SUS o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento.

O Art. 1º e 2º da redação do documento oficial dispõe



Art. 1º Instituir o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único. O Programa objeto deste Artigo será executado de forma articulada pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias de Saúde dos estados, municípios e do Distrito Federal e tem por objetivo o desenvolvimento de ações de promoção, prevenção e assistência à saúde de gestantes e recém-nascidos, promovendo a ampliação do acesso a estas ações, o incremento da qualidade e da capacidade instalada da assistência obstétrica e neonatal bem como sua organização e regulação no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Art. 2º Estabelecer os seguintes princípios e diretrizes para a estruturação do Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento:

a - toda gestante tem direito ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério;

b - toda gestante tem direito ao acompanhamento pré-natal adequado de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo I desta Portaria;

c - toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto;

d - toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura, de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo II desta Portaria;

e - todo recém-nascido tem direito à adequada assistência neonatal;

f - as autoridades sanitárias dos âmbitos federal, estadual e municipal são responsáveis pela garantia dos direitos enunciados nas alíneas acima.[19]

Em decorrência dos cuidados necessários e condições específicas da mulher no decurso da gestação, ao longo do processo que envolve o parto e puerpério foram necessárias instituir leis que assegurem a efetividade dos direitos. Neste

sentido, com o intuito de proteger a parturiente foi consagrado o direito ao acompanhante para permanecer durante o trabalho de parto, parto e pós-parto, conforme dispõe a Lei nº 11.108/05 regulamentada pelo Ministério da Saúde. Em 2007 foi instituído pela Lei nº 11.634 o direito a assistida pelo SUS ao conhecimento prévio a maternidade onde ocorrerá o parto.

Conforme o exposto é notório a proteção legislativa ao direito ao acesso à saúde da mulher no período que corresponde à gravidez e fases decorrentes, englobando a garantia ao pré-natal, acompanhamento médico, exames, parto gratuito, humanizado e assistido por indivíduo indicado pela puérpera, entretanto, episódios de violações das normativas ferindo os preceitos basilares do atendimento digno são registradas no ambiente hospitalar.

### **3.2 Judicialização da Saúde**

Apesar da garantia constitucional do direito ao acesso a saúde de maneira universal e igualitária mediante a execução de políticas sócias e econômicas a atual conjuntura do sistema de saúde é deficitário, não atendendo de maneira integral e eficaz as necessidades dos usuários. Judicialização da saúde é o termo designado para as situações em que os dependentes têm suas demandas negadas no âmbito administrativo e recorrem à via judicial como meio de solucionar e garantir a efetividade do direito.

Segundo Zagurski; Pamplona, a justiça brasileira tem recebido “[...] uma crescente demanda por decisões judiciais para dirimir questões sociais [...]”[20], e por essa natureza recebeu o termo judicialização da saúde. Essa expressão significa lograr atendimento médico integral, medicação e internação através da via judicial.

Atualmente estão distribuídas, especialmente nos juizados fazendários, quantidade significativa e alarmante de ações dessa natureza, de maneira notável as ações civis públicas e de obrigação de fazer, impetradas pelas defensorias públicas dos estados e da união e pelos ministérios públicos estaduais e federais, para que se faça cumprir, através da intermediação do poder judiciário esse direito constitucionalmente garantido.

O cenário da judicialização da saúde no Brasil demonstra a crescente tensão entre os mínimos sociais e a reserva do possível, na incessante busca pela preservação das garantias quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ramos; Gomes define como “um mal necessário”[21], em consideração do contexto da necessidade de readequar os serviços e implementar medidas do atual panorama em que se encontra a saúde pública brasileira. Ressaltando ainda que:

A judicialização da saúde se faz necessária quando se observa a omissão do Estado nas políticas públicas, mas que, entretanto, não pode ser entrave à execução das mesmas, bem como não pode traduzir-se em dificuldades intransponíveis aos administradores públicos, o que sugere para a busca de um equilíbrio na definição de sentenças no sentido de não causar a disfuncionalidade do sistema[22].

Conforme explicam Zagurski; Pamplona (2016), a questão da judicialização é bastante complexa e onerosa para o Estado, contudo “[...] argumentos de impossibilidade financeira, deve ser repelida, sob pena de manutenção de um estado de ilegalidade e negativa de direitos aos cidadãos que necessitam da prestação gratuita dos serviços de saúde”[23]. Por tal, as anomalias jurídicas desencadeadas pelas ações da saúde pública precisam de saneamento, visando à garantia constitucional do cidadão e a preservação orçamentária do sistema de saúde público.

Pesquisa quantitativa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apurou que até o ano de 2015 tramitaram nas varas judiciais brasileiras aproximadamente 240.980 processos com demandas atinentes às falhas na prestação de serviços de saúde, que são juridicamente tituladas de demandas judiciais da saúde.

O Conselho Nacional de Justiça criou, através da Resolução nº 107/10, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, além de editar uma recomendação específica sob o título Rec. CNJ/31 de 30/03/2010, onde as instâncias jurídicas inferiores foram direcionadas no mesmo segmento, ou seja, para que tribunais estaduais implementassem ações voltadas para o controle jurídico das ações na área da saúde.

Em seu escopo, a Recomendação nº 31/10 do Conselho Nacional de Justiça traz as seguintes incumbências (BRASIL, 2010):

- I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:
  - a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

- b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:
- b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
  - b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
  - b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
  - b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;
  - b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;
- c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;
- d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;
- II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

- a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;
- b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;[24]

A partir da recomendação nº 31/10 do CNJ, surgiram de maneira mais generalizada e regionalizada, projetos que possibilitaram mudanças essenciais no cenário prevalente no poder judiciário nacional, com modificações nas vias judiciais já praticadas na prestação da saúde, sem que fossem tiradas as atribuições e obrigações dos entes públicos a serem requeridos judicialmente.

Nesse sentido tem-se o entendimento de Zagurski; Pamplona:

A atuação judicial na conformação das políticas públicas é imprópria, uma vez que a formulação das políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo. Assim, em caso de omissão ou ineficiência dos demais poderes, em especial o Executivo, a população recorre ao Poder Judiciário para que intervenha também no âmbito das políticas públicas. [25] .

Com isso, abriu-se a possibilidade de a prestação direta dos serviços de saúde pública não ser mais exclusividade estatal, dividindo atribuições com entidades atuantes no setor privado, tanto mercadológicas quanto as sem fins lucrativos. A justificativa para isso, seria a possibilidade de se prestar serviços de maior excelência, se adequando às necessidades da sociedade, e que por se tratar de um serviço público prioritário e, portanto, atribuição visceral do poder público, resguardada por todos os princípios basilares da constituição regentes e direcionadoras da atuação da administração pública.

### 3.3 Judicialização da Saúde no Estado do Tocantins

Em decorrência do crescente número de demandas judiciais que envolvem a saúde no contexto nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio da Resolução nº 238/2016 determinou a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-Jus), ferramenta que dispõe ao magistrado informações técnicas como meio de auxiliar nas decisões. Asensi; Pinheiro pontua que "O NAT nasceu da

necessidade de uma compreensão multidisciplinar a respeito da saúde e do direito”[26].

Segundo dados da pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) identificou “498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais, no período entre 2008 e 2017”, registrando um aumento de 130% da judicialização[27].

No âmbito estadual, o NatJus Estado do Tocantins é composto por profissionais de saúde responsáveis por elaborar pareceres técnicos para assegurar solução eficiente das demandas pré-processuais e processuais, atuando em conjunto com o Comitê Executivo para Monitoramento das Ações da Saúde, instituída pelo Tribunal de Justiça Estadual (TJTO).

Anualmente o Núcleo de Apoio elabora o relatório da efetividade das ações desenvolvidas e o número de demandas que envolvam os serviços de saúde no Estado. Dados divulgados no relatório correspondentes ao ano de 2019 apontam o fenômeno da desjudicialização, ou seja, solução dos conflitos sem recorrer à esfera judicial.

Em seu escopo, o documento oficial delimita o nível da desjudicialização superior á 70% dos casos em que atuam. Neste sentido, dispõe:

No período de 2019, o NatJus recebeu o total de 1.462 consultas oriundas da Defensoria Pública, Ministério Público e Defensoria Pública da União na fase Pré-processual. O cálculo da desjudicialização foi realizado excluindo as 26 demandas advindas da DPU, devido ao difícil acesso ao Sistema Pje. Considerando as 1.436 consultas provenientes do DPE E MPE, constatamos que somente 395 (28%) tornan-se autos processuais, ou seja, a desjudicialização foi de 72%. Ressalta-se que a busca intensiva por processos judiciais no Sistema e-proc foi realizada até o mês de janeiro de 2020, embora a experiência dos anos anteriores revele que os casos são judicializados até no máximo 3 meses após a consulta realizada ao NatJus. Nesse sentido, conclui-se que o trabalho desenvolvido por este órgão contribui efetivamente para a desjudicialização da saúde. [28]

Visando atender as demandas judiciais em caráter de urgência o Estado do Tocantins por meio da Secretaria Estadual de Saúde instaurou o Núcleo de Demandas Judiciais (NDJ). As atividades do NDJ estão voltadas a cumprir as determinações de forma prioritária através de aquisições emergenciais de medicamentos e procedimentos. A respeito do assunto SANTOS dispõe:

As compras feitas por este Núcleo de Demandas Judiciais são realizadas de forma direta, na forma do art. 24, IV da Lei 8.666/1993, observando-se todas as exigências legais para tanto, como a elaboração de Termo de Referência, com a especificação do que se deseja adquirir, seu quantitativo e qual o fundamento da situação emergencial, bem como a decisão judicial. [29]

#### **4 Responsabilidade do Poder Público**

Através do ordenamento jurídico brasileiro e a partir da Constituição Federal de 1988, consolidou-se a percepção do Estado como o organismo garantidor de direitos e garantias fundamentais e fomentador de políticas públicas. O Estado então passou-se ser apercebido não somente como garantidor de direitos mínimos, mas também como fomentador de direitos sociais, individuais e coletivos.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º a saúde no rol dos direitos sociais, e no artigo 196 do mesmo diploma legal, dispôs que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” [30].

Há possibilidade do Estado ser responsabilizado pelo dano causado, conforme previsão legal na Constituição Federal em relação ao direito fundamental à saúde, assim como, prevê o art. 196 já mencionado acima, pois a saúde é um direito inerente de cada cidadão e como dever do Estado garantir através de políticas sociais e econômicas.

Em se tratando de responsabilidade civil por um ato praticado em desfavor de qualquer cidadão, no âmbito de órgãos públicos, sejam hospitais, postos de saúde, ou mesmo dentro de hospitais particulares, mas que a parturiente, gestante, seja assistido pelo Sistema Único de Saúde, o Estado tem parte da culpabilidade, visto que, é de sua atribuição garantir o êxito dos direitos assegurados por lei.

É competência estatal instituir órgãos fiscalizadores com o objetivo de prevenir e penalizar condutas abusivas, como por exemplo, as condutas

características da violência obstétrica. Assegurar à gestante e parturiente a efetivação dos seus direitos constitucionais positivados, como o direito a saúde e o tratamento digno é do mesmo modo responsabilidade.

Portanto, vez que comprovada anormalidades na consumação do serviço da rede pública de saúde, transfigura-se o ente público legítimo para atuar no polo passivo de possíveis litígios relativos ao má fornecimento de serviços dessas unidades de saúde, os quais tenham resultado algum dos atos determinadores de violência obstétrica.

#### 4.1 Reparação dos danos causados a mulher, vítima de violência obstétrica

Até então não há uma legislação exclusiva para reparação de danos causados a vítima de violência obstétrica, portanto essas condutas possuem somente abordagens genéricas. Todavia, um dos direitos reconhecidos em legislação especial no país, é a do parto seguro e acompanhamento pré-natal, como dispõe a Lei de nº 9.263 de Janeiro de 1996 (Lei do Planejamento Familiar).

Para mais, está em trâmite o Projeto de Lei nº 7.633/2014, de autoria do Deputado à época Jean Wyllys, em discussão no Congresso Nacional, delibera sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato no decurso do ciclo gravídico-puerperal, e dá outras providências, como a supressão da violência contra a mulher, constituindo que "Toda gestante tem direito à assistência humanizada durante a gestação, pré-parto, parto e puerpério [...]".[31]

Os sujeitos a serem responsabilizados pelos danos sofridos por estas mulheres, compõem quadro de funcionários do hospital, sejam estes médicos, profissionais liberais, enfermeiras, ou seja, todos que participaram do procedimento junto à vítima/parturiente, carecendo estes de ter agido com culpa, na tipificação da negligência, imprudência ou imperícia.

Apesar do Poder Público ser responsabilizado pela violência obstétrica constatada na rede pública de saúde ou rede privada desde que sob patrocínio do Poder Público, frisa-se que ao ente estatal está facultado o direito de ajuizar ação regressiva em desfavor do profissional de saúde que deu causa ao episódio danoso, contanto que ateste que este tenha agido com dolo ou culpa na realização de sua função. Por ser uma conduta subjetiva, recomenda-se examinar o caso concreto, e se há nexos de causalidade entre a atuação do profissional de saúde e a violência sofrida, para que de acordo com o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, consiga discorrer sobre ressarcimento.



O Código Civil estabelece no artigo 186 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." [32] Ou seja, ainda que moralmente, quem causar danos ou transgredir direito do outro estará cometendo ato ilícito, mesmo que, a violência obstétrica não seja física, o sujeito irá responder por tal conduta.

Com relação ao dano moral, este distingue-se do material, visto que o dano moral está vinculado a pessoa, a honra, desprezando os princípios básicos, garantidos na Constituição Federal, tal qual ofensa à dignidade da pessoa humana, a sua intimidade, a equidade, tudo aquilo que tem potencial para gerar ao lesado um sentimento de tristeza, humilhação. Efetivamente, o dinheiro não é o objeto principal a ser buscado, porém a indenização serve para dar garantia e segurança, àquele que sentiu-se lesado.

Para Gonçalves (2018), o princípio da reparação de um dano, seria a restituição integral do que foi prejudicado. Contudo, assim como na maior parte das ocorrências, torna-se impossível, o que se almeja é uma reparação em forma de pagamento monetário [33].

No entanto, para que obtenha a condigna indenização é imprescindível que ateste-se o dano sofrido, sem ter em conta se a conduta foi de caráter ilícito, se houve culpa ou ainda dolo, sem a consequência danosa não há que se falar em responsabilização civil. Imediatamente, o dano subordina-se ao nexos causal para a pretensão da indenização oportuna, pois sem um não existiria o outro.

O artigo 927 do Código Civil assevera em sua redação: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa" [34], do mesmo modo como o artigo 186 acima mencionado e 187 do mesmo dispositivo acarretam a concepção da obrigação de reparar a quem causar dano a outrem.

A responsabilidade quer no âmbito civil ou penal presume alguma prática ilícita. E o ilícito, conforme a sua característica e nível cria como consequência uma penalidade no qual pode ser de natureza punitiva ou ressarcitória. A obrigação ergue-se, logo, como uma maneira de imputar os sujeitos pelas práticas danosas ocasionadas.

A responsabilidade na esfera penal sucede de um acontecimento criminoso, seja de maneira comissiva ou omissiva. Neste âmbito não ocorrerá reparação e sim, aplicabilidade de uma pena pessoal e intransmissível à pessoa do infrator, considerando a gravidade do ilícito, posto que essa espécie de responsabilidade intenta a ordem social e assim como a punição.

A responsabilidade civil é sinalizada por um dano provocado a um bem juridicamente tutelado, sem, todavia, ocorrer um ato criminoso. Assim sendo, sucederá a reparação do dano ainda que patrimonial ou moral, através de indenização ou compensação. Neste contexto, a mulher vítima de violência obstétrica em conformidade com a gravidade do ato sofrido estará amparada pela esfera civil, colocando o Estado e os demais envolvidos como sujeito passivo da ação tendo em vista a responsabilidade subjetiva e objetiva de cada um.

Sendo assim, no momento em que houver algum ato violento, repercussões e consequências, e abstenção de direitos, a parturiente poderá intentar reparação na esfera civil, visto que se encontra resguardada neste âmbito. Ratificando essa afirmação, ressalta-se que o direito à integridade física, psíquica e moral é assegurado pela Constituição Federal em vários artigos, e legitimado pelo Pacto de San José da Costa Rica no artigo 5º *in verbis*: "1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral"[35].

#### **4.2 Responsabilidade do Estado do Tocantins por ato cometido por agente estatal no âmbito da Saúde Pública**

O Estado do Tocantins, pleiteando legislar sobre o ato, bem como delineou o termo Violência Obstétrica, segundo prevê o artigo 2º da Lei Estadual nº 3.385 de 2018:

Art. 2º. Considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, maternidade e unidade de saúde, por um familiar ou acompanhante que ofenda de forma verbal ou física as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período de estado puerperal.[36]

Esta Lei nº 3.385/2018 delibera acerca da implementação de medidas de proteção e mecanismos de informação à gestante e parturiente em combate a violência obstétrica no Estado do Tocantins, conforme discorre o artigo 1º da referida:

Art. 1º A presente Lei tem por objeto a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente no Estado do Tocantins, visando à proteção contra a violência obstétrica e à divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.[37]

De acordo com o que fora preceituado na Lei que prevalece no Estado do Tocantins, é viável definir e constatar o que é a violência obstétrica, o que

proporciona um privilégio as pacientes no momento em que precisarem denunciar as práticas delituosas executadas pelos profissionais da saúde, e além das mesmas alcançarem proteção jurídica se houver a inevitabilidade legal.

Embora não exista legislação federal específica que resguarde a mulher em caso de Violência Obstétrica, o Estado do Tocantins em sua competência e domínio elaborou a Lei nº 3.385/2018, no qual garante às vítimas uma proteção legislativa, da mesma forma que, a punição para quem praticar as ações identificadas, conforme o artigo 5º desta referida lei, *in verbis*:

Art. 5º A fiscalização do disposto nesta Lei será realizada pelos órgãos públicos nos respectivos âmbitos de atribuições, os quais serão responsáveis pela aplicação das sanções decorrentes de infrações às normas nela contidas, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa[38].

É manifesto que as mulheres vivenciam maus-tratos e métodos não necessários no decorrer do parto e, logo, pode-se depreender que o termo violência obstétrica, segundo pesquisas revisadas, não é deliberado em termos legais, muito menos penalizados no âmbito federal. Assim, o Estado do Tocantins procurou descrever o termo violência obstétrica, por intermédio da Lei nº 3.385/2018, conceituando e criminalizando o tipo penal.

E não menos importante, o Estado do Tocantins também elaborou a Lei nº 3.113, de 2 de junho de 2016, com o propósito de instituir o Parto Humanizado no Estado do Tocantins, assegurar uma melhor assistência às mulheres e endossar os direitos da mulher em seu período gravídico-puerperal nas instituições públicas e privadas de saúde do Estado, contribuindo assim para a redução dos casos de violência obstétrica.

Torna-se indispensável doutrinar a gestante, parturiente a discernir as práticas excessivas e criminosas que venham a ser cometidas pelos profissionais de saúde no exercício de suas funções, porque tendo ciência da comparência que prováveis abusos podem sobrevir deixa-a em situação de alerta, ficando apta a esquivar-se de qualquer dano procedente de uma prática abusiva em desfavor da sua integridade física e psicológica.

Por fim, além da elaboração de Lei Federal para regulamentar de maneira específica as penalidades civis e penais da violência obstétrica, é indispensável que haja a instituição de políticas públicas para a conscientização das mulheres, simultaneamente com a mobilização social, para certificação do conhecimento a

respeito de seus direitos na qualidade de parturientes, objetivando a diminuição dos casos de violência obstétrica em âmbito nacional.

## 5 Considerações Finais

A violência obstétrica no momento atual é uma das mais difíceis formas de violência contra a mulher a ser guerreada, visto que a sociedade ao menos reconhece que ela existe e a grande parte das ocorrências relatadas pelas vítimas são ponderadas como “de praxe” tanto pelo Estado como pelos profissionais da saúde, trazendo às vítimas à ilegítima idealização de normalidade e concordância de métodos e intervenções repreensivas e humilhantes.

Conforme fora abordado neste artigo, é plausível endossar que a violência obstétrica é identificada através de procedimentos executados em mulheres parturientes, por profissionais obstétricos que por seu turno, afastam da vítima o autogoverno do seu corpo. Estes procedimentos são capazes de provocar abalos físicos e psicológicos, e em conformidade com a ciência, não oferecem qualquer vantagem à parturiente e à criança.

Os obstáculos para a constatação da violência obstétrica juridicamente para mais do erro médico, todavia para uma maneira de violência contra a mulher até o momento são muitos. No entanto, percorre pelo progresso de políticas públicas que consistam tanto em disseminar informação, em reeducar o corpo social e os profissionais diretamente comprometidos, em agir para dar assistência às mulheres que já foram vítimas, quanto da pretensão legislativa.

No entanto, a responsabilidade com a matéria ainda é objeto de poucas leis e diretrizes que destinam-se garantir a humanização do parto, devendo o Estado, do mesmo modo, envolver-se com a construção de leis que garantam um acolhimento humanizado à gestante no período gravídico-puerperal. Diante disso, importante destacar o cenário obstétrico do país, sobretudo, o sistema público de saúde, no qual a gestante/parturiente ostenta maior vulnerabilidade e sujeição ao serviço ofertado, pela restrição ao direito de escolha, quer seja do profissional, quer seja da condição hospitalar, procedimentos, o que aguçou o traçado do presente artigo.

Ainda, embora a violência obstétrica esteja, progressivamente, tornando-se caracterizada como dano indenizável no campo da responsabilidade civil e simbolizando uma imensa conquista das vítimas, deve o Estado esquivar-se de situações litigiosas, primando pelas políticas públicas direcionadas à prevenção da violência obstétrica e conscientização a respeito do parto humanizado.

Através do presente artigo, verificou-se, além do mais, que a violência física obstétrica é de fácil constatação enquanto um ato violento em razão dos vestígios no corpo da mulher, contudo a violência psicológica e moral causam de igual modo danos graves à saúde e, na maior parte das situações passam, despercebida. Destarte, a violência obstétrica moral e física é uma realidade e necessita ser debatida e suprimida.

A não existência de uma legislação federal que assista a mulher vítima de Violência Obstétrica, acarretou ao Estado do Tocantins em sua competência a elaboração Lei nº3.385/2018, no qual visa garantir às vítimas uma proteção legal, como também, a sanção para quem praticar as ações tipificadas. Além da lei supramencionada, o Estado do Tocantins também elaborou a Lei nº 3.113, de 2 de junho de 2016, com o desígnio de estabelecer o Parto Humanizado no Estado do Tocantins, assegurando a assistência às mulheres e garantindo-lhes os direitos da mulher no período gravídico-puerperal nas instituições públicas e privadas de saúde do Estado, combatendo os casos de violência obstétrica.

Desta forma, a admissão de providências mais efetivas pelo Poder Público no que tange à propagação do parto humanizado e, por via de efeito, à prevenção à violência obstétrica, viabilizará rever a particularidade do parto, fazendo-o uma vivência assertivamente memorável para a gestante/parturiente e satisfatória para o profissional de saúde. Por isso, é extremamente importante que as orientações galguem na direção em que o Direito seja manuseado como mecanismo de luta para o reconhecimento da violência obstétrica como tipo de violência em desfavor da mulher.

## 6 Referências

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (217 [III] A). Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 04 out. 2020.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coordenadores). **Justiça Pesquisa. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<https://projudios.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>> Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. CNJ. **Atos Administrativos. Recomendação Nº 31 de 30/03/2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior

eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Publicado no DJ- e nº 61/2010, em 07/04/2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nos 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 91/2016 e pelo Decreto Legislativo no 186/2008. – Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.633, de 28 de maio de 2014**. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>. Acesso em: 10 nov. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020

BRASIL. **Portaria Ministério da Saúde nº 569, de 1º de de junho de 2000**. Instituir o Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento, no âmbito do Sistema Único de Saúde. Diário oficial da União nº 110-E, de 8 de junho de 2000, Seção 1, Páginas 4, 5 e 6.

BRASIL. **Despacho DAPES/SAS/MS SEI nº 908762**, de 03 mai. 2019. Posicionamento Ministério da Saúde quanto ao uso do termo “violência obstétrica”. Disponível em: <[https://sei.saude.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=9087621&codigo\\_crc=1A6F34C4&hash\\_download=c4c55cd95e706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id\\_org\\_ao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.saude.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=9087621&codigo_crc=1A6F34C4&hash_download=c4c55cd95e706d0b729845a5d6481d07e735f33d87d40984dd1b39a32d870fe89dcf1014bc76a32d2a28d8f0a2c5ab928ff165c67d8219e35beb1a0adb3258&visualizacao=1&id_org_ao_acesso_externo=0)>. Acesso em: 02 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“**Pacto de San José de Costa Rica**”), 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível

em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2020

CUNHA, Alfredo de Almeida. **Indicações do parto a fórceps**. Femina, Rio de Janeiro, v. 39, n. 12, p.550-554, dez. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/acer-5750z/Downloads/a2974.pdf. Acesso em: 31 de Out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUIMARÃES, Liana Barcelar Evangelista; JONAS, Eline; AMARAL, Leila Rute Oliveira do. Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 26(1): e43278. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v26n1/1806-9584-ref-26-01-e43278.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.

INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 18 mar.2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2020.

-KRUG, E. G; *et al.* **World report on violence and health**. Geneva: OMS, 2002. Disponível em: <<https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2020.

LANSKY, S. *et al.* **Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na Vivência das gestantes**. Artigo Article. 11 nov. 2018, p/2812. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v24n8/1413-8123-csc-24-08-2811.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020

MACEDO. Thaís S. B. **c Livro Online. eBook Kindle, 2019**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43475/Com-dor-daras-a-luz.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 02 mai. 2020.

MARTINS, Fabiana Lopes; *et al.* **Violência Obstétrica: Uma expressão nova para um problema histórico**. Revista Saúde em Foco. ed. 11. ano 2019. Disponível em :< [http://portal.unisepe.com.br/unifia/wpcontent/uploads/sites/10001/2019/03/03\\_4\\_VIOL%C3%8ANCIAOBST%C3%89TRIA-Uma-express%C3%A3o-nova-para-um-problema-hist%C3%B3rico.pdf](http://portal.unisepe.com.br/unifia/wpcontent/uploads/sites/10001/2019/03/03_4_VIOL%C3%8ANCIAOBST%C3%89TRIA-Uma-express%C3%A3o-nova-para-um-problema-hist%C3%B3rico.pdf)> Acesso em: 02 jun. 2020.

MOURA, Adriana. **Episiotomia**. 2015. Disponível em: <<https://emap.jusbrasil.com.br/artigos/190453870/episiotomia>>. Acesso em: 10 de Out. 2020

NATJUS – Núcleo de Apoio Técnico. **Relatório Anual – 2019**. Disponível em: [wa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio\\_de\\_atividades\\_anual\\_2019.pdf](http://wa.tjto.jus.br/saude/images/nat/relatorio_de_atividades_anual_2019.pdf). Acesso em: 06 nov. 2020.

Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. **Deixar de fazer a manobra de Kristeller: por que e como?**. 2018. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/29744/2/DEIXAR%20DE%20FAZER%20MANOBRA%20DE%20KRISTELLER.pdf>>. Acesso em: 10 de Out. 2020

RAMOS, R. S; GOMES, A. M. **A judicialização da saúde pública no Brasil: um estudo de representações sociais**. Rev Cuid. 2014; 5(2): 827-36. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.15649/cuidarte.v5i2.124>> Acesso em 28 mai. 2020.

SANTOS, Franklin Moreira dos. **Decisão Judicial Com Prazo de Cumprimento Exíguo x Responsabilidade Administrativa do Gestor da Área da Saúde: Análise da Problemática Advinda da Judicialização**. In: CONASS. **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. Brasília, DF: Conass, 2018. p. 194. Disponível em: [file:///C:/Users/acer5750z/Downloads/Dilemas do Fenomeno da Judicializacao da Saude%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/acer5750z/Downloads/Dilemas%20do%20Fenomeno%20da%20Judicializacao%20da%20Saude%20(1).pdf). Acesso em: 06 nov. 2020.

SHARPE, Kimberly. **Risco do parto com fórceps**. eHow Brasil, 21 nov. 2017. Disponível em: <[https://www.ehow.com.br/risco-parto-forceps-info\\_152523/](https://www.ehow.com.br/risco-parto-forceps-info_152523/)>. Acesso em: 31 Out. 2020.

TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.113 de 02 de Junho de 2016**. Institui o Estatuto do Parto Humanizado no Tocantins, e dá outras providências. Diário Oficial Estadual, Poder Executivo, Palmas, TO. Disponível em: <[https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei\\_3113-2016\\_39596.PDF](https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3113-2016_39596.PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.385 de 27 de Julho de 2018**. Dispõe sobre a implementação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado do Tocantins. Diário Oficial Estadual nº 5.164, Poder Executivo, Palmas, TO. Disponível em: <[https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei\\_3385-2018\\_48071.PDF](https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3385-2018_48071.PDF)>. Acesso em: 11 nov. 2020.



ZANARDO, G. L. P; CALDERÓN, M; NADAL, A. H. R; HABIGZANG, L. F. **Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa.** Psicol. Soc. Belo Horizonte. v. 29. e155043. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822017000100218&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822017000100218&lng=en&nrm=iso)> Acesso em: 02 Jun. 2020.

ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos; PAMPLONA, Danielle Anne. **Judicialização da saúde e orçamento público.** Revista do Direito UNISC. Nº. 48. p. 92-117. Santa Cruz do Sul – SC: UNISC, jan-abr 2016. Disponível em:

<<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>> Acesso em: 02 mai. 2020.

[1] *Defensor Público-Chefe da União no Estado do Tocantins e Docente do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.*

[2] GUIMARÃES, L.B.E; JONAS, E; AMARAL, L.R.O.G. **Violência obstétrica em maternidades públicas do estado do Tocantins.** 2018, p/4.

[3] TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.113/2016**, Art. 2º, Inciso I.

[4] KRUG, E. G; et al. **Relatório mundial sobre violência e saúde**, 2002, p. 5.

[5] LANSKY, S. *et al.* **Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na Vivência das gestantes.** Artigo Article. 2018, p/2812.

[6] BRASIL. **Despacho DAPES/SAS/MS SEI Nº 9087621.** Brasília, DF, 2019.

[7] ZANARGO, G. L. P, *et al;* **Violência Obstétrica no Brasil: Uma revisão narrativa.** 2017, p/5.

[8] MACEDO, Taís S. B. **Com dor darás à Luz: Retrato da violência obstétrica no Brasil.** 2019, p/73.

[9] MARTINS, F.L. *et al;* **Violência Obstétrica: Uma expressão nova para um problema histórico.** 2019, p/414.

[10] ZANARDO, G.L.P. *et al;* **Violência Obstétrica no Brasil: Um revisão narrativa.** 2017, p/6.

[11] CUNHA, Alfredo de Almeida. **Indicações do Parto a fórceps.** 2011, p/550.

[12] SHARPE, Kimberly. **Risco do parto com fórceps.** 2017.

- [13] Portal Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. **Deixar de fazer a manobra de Kristeller: por que e como?**. 2018, p/9.
- [14] MOURA, Adriana. **Episiotomia**. 2015
- [15] MARTINS, F.L. *et al*; **Violência Obstétrica: Uma expressão nova para um problema histórico**. 2019, p/413.
- [16] PARIS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948, Art. 25.
- [17] BRASIL. **Constituição Federal (1998)**, Art. 6º, Título II, Capítulo II.
- [18] BRASIL. Art. 3º da **Lei nº 9.263**, de 12 de Janeiro de 1996.
- [19] BRASIL. **Portaria Ministério da Saúde nº 569/2000**. Art. 1º e 2º.
- [20] ZAGURSKI; PAMPLONA. **Judicialização da Saúde e Orçamento Público**. 2016, /p 102.
- [21] RAMOS; GOMES. **A Judicialização da Saúde Pública no Brasil: Um estudo de representações sociais**. 2014, p/835
- [22] RAMOS; GOMES. **A Judicialização da Saúde Pública no Brasil: Um estudo de representações sociais**. 2014, p/835.
- [23] ZAGURSKI; PAMPLONA. **Judicialização da Saúde e Orçamento Público**. 2016, /p 109.
- [24] BRASIL. **Recomendação Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 31**, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.
- [25] ZAGURSKI; PAMPLONA. **Judicialização da Saúde e Orçamento Público**. 2016, p/102.
- [26] ASENSI; PINHEIRO: Justiça Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: Dados e Experiências**. 2015, p/57.
- [27] INSPER, Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução**. 2019, p/ 45.
- [28] TOCANTINS (BRASIL). NATJUS – Estadual, **Relatório Atividade Anual 2019**. 2019, p/8.

[29] SANTOS, Franklin Moreira dos Santos. **Coletânea Direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 2018, p/193.

[30] BRASIL. **Constituição Federal (1998)**, Art. 196, Título VIII, Capítulo II, Seção II.

[31] BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.633/2014**. Art. 1º.

[32] BRASIL. **Lei nº 10.406/2002. Código Civil**. Art. 186, Título III.

[33] GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 2018, p/.

[34] BRASIL. **Lei nº 10.406/2002. Código Civil**. Art. 927, Título IX, Capítulo I.

[35] BRASIL. Decreto nº 678/1992. **Pacto de San José de Costa Rica 1969**. Art. 5º.

[36] TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.385/2018**. Art. 2º.

[37] TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.385/2018**. Art. 1º.

[38] TOCANTINS (BRASIL). **Lei Estadual nº 3.385/2018**. Art. 5º.

## MATERNIDADE ATRÁS DAS GRADES

**HERALDO JUNIOR:**

Graduando na Ulbra em Direito.

RUBENS ALVES DA SILVA [1]

(orientador)

**RESUMO:** A pesquisa traz uma percepção sobre a situação das presas grávidas no sistema carcerário brasileiro e o objetivo é descrever a situação da mulher encarcerada, visto que a questão da maternidade nos presídios, embora possua previsões legais para seu exercício, nunca é efetivada enquanto política pública. No artigo, a pesquisa desenvolvida será de natureza quantitativa, uma vez que os dados serão qualificados quanto a sua relevância. No decorrer da pesquisa serão analisadas as políticas públicas relacionadas aos direitos básicos em atenção a mulher, tendo sempre em vista a opinião de vários autores, que formam o nosso referencial teórico. Serão empregados arquivos bibliográficos, disponíveis na internet, mídias, empresas e dados públicos. O embasamento científico foi consultado para garantir a veracidade do tema e responder de forma satisfatória o objetivo da pesquisa. A metodologia adotada, quanto aos fins, será descritiva, já que apresenta uma descrição completa dos fatores envolvidos. A pesquisa também será exploratória, pois irá buscar averiguar todos os dados envolvendo o levantamento bibliográfico, entrevista com pessoas experientes e análise de exemplos similares. Verificamos na pesquisa que não há políticas públicas que visem o bem-estar das detentas que se encontram grávidas ou em estado parturiente nas cadeias. O colapso do sistema carcerário agrava a situação. No Amazonas, no ano de 2014, inaugurou-se o Centro de Detenção Provisória Feminino - CDPF, com capacidade para 182 detentas que dispõem de berçário, centro médico e ala infantil, ou seja, apesar de atender parcialmente o que diz os dispositivos legais, já foi inaugurado com superlotação.

**Palavra-chave:** presa, maternidade, presídio.

### 1 INTRODUÇÃO

A pesquisa mostra questões normativas internacional no campo da mulher presa, protegidos por diversas leis e tratados internacionais, visto que várias mulheres têm a maternidade duplamente condenada no Brasil. Importa mencionar que as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos da Organização das Nações Unidas (1955) prevêm que o tratamento das pessoas sujeitas à pena privativa de liberdade deve ter por objeto a promoção do seu desenvolvimento, do respeito próprio e do sentido de responsabilidade. Dentro desse contexto, o problema desse estudo está

centrado em quais políticas públicas estão destinados os direitos das gestantes aprisionadas, visto que, em sua maioria, são jovens, mães solteiras, afrodescendentes e, majoritariamente, condenadas por tráfico de drogas. Quando presas, são abandonadas pela família, sem garantia do direito a visita íntima e de permanecerem com os filhos nascidos no cárcere, o que demonstra à dupla (múltipla) punição da mulher, seja pelo sistema penal, seja pela sociedade, pois o sistema carcerário não foi pensado para as mulheres.

Apesar de ser minoria, o ingresso de mulheres gestantes para cumprimento de pena privativa de liberdade já se constitui como uma questão que merece reflexão e ações no âmbito da gestão dos complexos prisionais. São inegáveis as precárias condições de habitabilidade em que se encontram o sistema penitenciárias brasileiras, e o problema se agrava, devido ao colapso do sistema, na medida em que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal.

Observa-se ainda que os principais motivos que levam as mulheres à prisão são crimes relacionados ao tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio, tais como: estelionato e roubo. Diante de casos concretos, o Judiciário, inclusive com decisões do Superior Tribunal Federal, vem reconhecendo os direitos das mulheres encarceradas, assegurando-os, sobretudo, quando a presa se encontra recolhida em unidade que não tenham condições estruturais de possibilitar a permanência do recém-nascido com a mãe custodiada, aplicando, nestes casos, por analogia as hipóteses do artigo 117 da Lei Execuções Penais, uma espécie de prisão domiciliar especial.

## **2 DIREITO BÁSICO DA SAÚDE DA MULHER**

O direito básico de saúde da mulher constitui uma intervenção fundamental ao nível da saúde pública, contribuindo para a promoção da saúde da mulher e da criança e para combater a mortalidade materna e infantil, ou seja, em forma sucinta observa-se que o Direito da Mulher é o direito que toda mulher tenha à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter filho, não tê-lo ou espaçar seu nascimento, contraria dispositivos legais assegurados expressamente pela Constituição Federal, estão o direito social à proteção da maternidade e da infância e o direito das mulheres encarceradas de permanência com seus filhos durante a fase de amamentação, e demais Leis que tratam do assunto em questão.

Assim sendo, **o artigo 5º, inciso L, e o artigo 6º, caput**, da Carta Magna, aduz:

**“Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

**L** – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”.

**“Art. 6º.** São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Apesar dos dispositivos legais, o colapso do sistema prisional brasileira vêm mostrando que, as unidades da federação, existe um complexo penitenciário polivalente, em que o local para mulheres é uma de suas unidades. Ainda que tenha separação por gênero, existe poucas celas destinada a essa categoria.

O Estado do Amazonas inaugurou em 2014, o Centro de Detenção Provisória Feminino - CDPF, com capacidade para 182 detentas e dispões de berçário, centro médico e ala infantil. Deste modo, o ingresso de mulheres gestantes para cumprimento de pena privativa de liberdade já se constitui como uma questão que merece reflexão e ações no âmbito da gestão dos complexos prisionais. São inegáveis as precárias condições de habitabilidade em que se encontram as penitenciárias brasileiras, e o problema se agrava na medida em que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal.

## **2.1 DOS DIREITOS DA GESTANTE E DA PARTURIENTE ENCARCERADA**

O Amazonas é o quarto estado do país no ‘ranking’ de superlotação carcerária. Segundo dados do Ministério da Justiça, até o primeiro semestre de 2013, haviam 2,25 detentos para cada uma das vagas ofertadas nas unidades prisionais. Com uma população carcerária de 8.416 presos até a primeira quinzena de fevereiro de 2014, segundo a Secretaria de Justiça do Estado do Amazonas- Sejus, o Estado apresentava 4,5 mil pessoas presas além da capacidade de ocupação dos cárceres. No Centro de Detenção Provisória Feminino, em 2014, possuía 353 detentas, segundo a Pastoral Carcerária.

Dentro desse contexto, o problema desse estudo está centrado em quais políticas públicas estão destinados os direitos das gestantes aprisionadas, visto que, em sua maioria, são jovens, mães solteiras, afro-descendentes e, majoritariamente, condenadas por tráfico de drogas. Quando presas, são abandonadas pela família, sem garantia do direito a visita íntima e de permanecerem com os filhos nascidos no cárcere, o que demonstra à dupla (múltipla) punição da mulher, seja pelo sistema penal, seja pela sociedade, pois o sistema carcerário não foi pensado para as mulheres até porque o sistema de controle dirigido exclusivamente ao sexo feminino sempre se deu na esfera privada sob o domínio patriarcal que via na violência contra a mulher à forma de garantir o controle masculino. O direito penal foi constituído visando aos homens enquanto operadores de papéis na esfera (pública) da produção material.

A fim de assegurar expressamente, às mulheres presas o direito de cuidar e amamentar seus filhos por, no mínimo, 06 (seis) meses, a Lei n. 11.942/2009 deu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 83 e ao artigo 89 da Lei de Execução Penal, prevendo ainda que as penitenciárias de mulheres deverão obrigatoriamente dispor de espaços adequados ao acolhimento de gestantes e parturientes.

**“Art. 83.** O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

[...]

**§2º.** Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

**“Art. 89.** Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa”.

Observamos ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura à gestante o atendimento médico pré e perinatal, e, também, acompanhamento no período pós-natal, garantindo, ainda, o **direito à amamentação**, inclusive, no caso de mães, mormente, privada da liberdade:

**“Art. 7º** A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

**“Art. 8º** É assegurado à **gestante**, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

**§ 1º** A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema.

**§ 2º** A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

**§ 3º** Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.

**§ 4º** Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

**§ 5º** A assistência referida no **§ 4º** deste artigo deverá ser também prestada a gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”.

**“Art. 9º.** O Poder Público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Embora a Lei de Execução Penal preveja que as pessoas condenadas ao cumprimento de penal não poderão sofrer nenhuma mitigação de direitos que não tenha sido determinada na própria sentença ou na lei, vale ressaltar, no caso dos condenados à pena privativa de liberdade, estes conservam todos os demais direitos de que são titulares, assim preceitua o artigo 3º da lei em questão.

Albergaria (1995) faz uma ressalva quando afirma que será temerário devolver antecipadamente à sociedade o preso, que poria em risco a ordem pública e a paz social. Ainda que a liberdade antecipada se funda na preparação da



custodiada para o seu reengajamento na sociedade livre, não podemos usurpar os direitos da grávida ou parturiente, assim preceituados na legislação brasileira, aos cuidados médicos durante a gravidez e após o parto que são fundamentais tanto para a mulher quanto para a criança, e mais, a lei garante à mulher o direito a acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido, pois nos exames realizados durante esse período podem diagnosticar problemas de saúde que costumam atingir a mãe e bebê no período gestacional. Ressalta-se ainda que o estado geral da mãe, seja de nutrição, higiene ou saúde, de suporte social, recebidos durante a gestação, são fundamentais para o desenvolvimento da criança.

Notem, segundo dados do Geopresídios, o Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais, do Conselho Nacional de Justiça, o Amazonas é o Estado brasileiro que possui o maior percentual de presos provisórios no país, de acordo com esse sistema, 65,77% dos presos no Estado são provisórios, ou seja, não tiveram condenação definitiva pela Justiça.

A condição provisória é utilizada com o objetivo de garantir o andamento regular das investigações. Ela existe em decorrência de prisões em flagrantes, temporárias ou preventivas, quando há elementos que demonstram a necessidade do indivíduo permanecer recluso para que ele não atrapalhe as investigações e/ou fuja.

Assim sendo, as mulheres presas – em caráter provisório ou definitivo – que se encontram recolhidas em estabelecimentos penais superlotados, insalubres e desprovidos de estrutura física para acolhimento quer de presas em estágio avançado de gravidez, sem condições para um adequado acompanhamento médico pré e perinatal, quer de presas que já deram à luz e que foram ‘privadas’ da devida assistência pós-natal e, sobretudo, da necessária amamentação de seus filhos, não raras vezes entregues a parentes ou entidades de acolhimento terão seus direitos à maternidade assegurada, conforme legislação pertinente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal se manifestaram, prolatando decisões em suas cortes, caso análogo, como constrangimento ilegal, o encarceramento de mulheres gestantes ou lactantes em estabelecimento penal inadequado à sua condição especial, cabendo ao juiz da execução criminal sanar a ilegalidade por meio da concessão, em caráter especial, de prisão domiciliar, zelando, assim, pelo correto cumprimento da pena, conforme artigo 66, inciso VI, da Lei de Execução Penal.

## **2.2 PERCEPÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL**

Podemos iniciar este tópico da pesquisa pontuando acerca da evolução e modelo das prisões brasileiras. No princípio, a prisão como cárcere era aplicada apenas aos acusados que esperavam pelo julgamento.

Esta situação durou até a introdução do primeiro Código Criminal em 1830, que trazia idéias de justiça e equidade, onde Colares (2010, p. 409) define que, “a prisão é um espaço de múltiplas segregações. A mais evidente é aquela que separa os encarcerados do restante da sociedade; outras, menos perceptíveis, dividem os indivíduos no interior do próprio ambiente prisional”.

No sistema penal, a prisão celular foi uma novidade, era considerada uma prisão moderna, porém apesar das mudanças sofridas no final do século XIX, a situação do sistema prisional já era tratada com descaso pelo poder público e já apresentava superlotação e precariedade nas condições, onde o peso das diferenças recai sobre as mulheres. Afinal, a prisão é um espaço masculino, afirmação que se repete em todas as entrevistas.

Reforçando a esta afirmação Colares (2010) aduz que:

A prisão é masculina não simplesmente por ter a presença de um número pequeno de encarceradas diante de uma massa carcerária composta de homens, mas porque a medida de todas as coisas é o corpo masculino; um corpo que, mesmo em condições de confinamento em um presídio, possui mais poder: o poder de se deslocar, circular no ambiente prisional, fazer uso de suas capacidades, ainda que em condições precárias, através do exercício ou dos jogos; poder interagir mais, sentir-se menos aprisionado. (p. 410)

Todavia com o advento da Lei de Execuções Penais a sociedade passou a pensar em ressocialização do apenado, pois este era um projeto inovador que previa a efetivação da execução penal como forma de preservação dos bens jurídicos.

Retomando ao objeto desse estudo “a mulher infratora é diferente nas motivações para o crime, nos tipos de crime cometidos, nas necessidades quando sob custódia do Estado e também na hora de sair do presídio e retornar ao convívio de sua família. Mesmo que a população feminina no sistema brasileiro ainda não tenha chegado a sete por cento (7%) do total de presos, ela representa um número significativo dentro da população carcerária, o que em termos absolutos são menos de trinta mil (30.000) presas. O Estado tem condições de atender com seriedade a este contingente, tomando providências estratégicas e evitando a todo custo às

soluções paliativas e de curto prazo que só agravam a situação da mulher no cárcere” (CERNEKA, 2009, p. 67).

No que tange as mulheres, observa-se que as mais vulneráveis ao encarceramento e a punibilidade são aquelas que já trazem consigo uma história de violência sofrida. “[...] o crime feminino parece estar paulatinamente sendo menos associado ao estereótipo do homicídio passional, com forte conteúdo de amor ou ciúme, sendo cada vez maior a presença da mulher em outros atos delituosos, como o tráfico de entorpecentes, roubos seguidos ou não de morte e sequestros. Esta mudança no panorama geral da criminalidade feminina fica ainda mais evidente se observarmos sua crescente inserção no tráfico de entorpecentes. Todavia, predominantemente, é reservado a elas um papel “menor” dentro do esquema do tráfico, revelado pela ocupação de posições subalternas e vulneráveis, o que facilita sua prisão pela polícia e, por consequência, sua punição” (SANTOS *et al*, 2009, s.n.).

Frinhani (2004) ressalta que:

[...] quando a mulher é vista como autora de crime, de um modo geral aparece como cúmplice de homens, como aquela que maltrata crianças ou se envolve em crimes passionais.

[...] é necessário que a criminalidade feminina seja vista desvinculada da criminalidade masculina, uma vez que nem sempre ocorre condicionada à mesma.

[...] a mulher insere-se no mundo do crime como forma de autoafirmação, como via de acesso à esfera pública, como forma de sobrevivência física, psicológica e emocional. (p. 39)

Continua Frinhani (2004):

[...] a mulher encarcerada acaba repetindo o mesmo comportamento da mulher livre, quando se trata de violência sexual. A apatia, a omissão, a conivência, o medo e a vergonha de se expor perseguem a mulher intra e extramuros quando se trata de violência sexual. Também o comportamento dos ciclos de convivência não se alteram substancialmente, uma vez que tanto solta, quanto presa, fatores institucionais permeados pelo silêncio e pela cumplicidade de agentes sociais e agressores, contribuem para a coerção sexual. (p. 43)

Merece destaque, o envolvimento do homem na maioria das práticas delituosas cometidas pelas encarceradas, de uma forma ou de outra o homem é

apontado como responsável, pois grande parte das encarceradas no momento de sua prisão estava tentando levar drogas ou outros objetos para o interior das penitenciárias. Há também aquelas que trabalham para o tráfico, seja cuidando dos feridos, fazendo comida para os traficantes, emprestando suas moradias como esconderijo e aquelas que se prostituem nas bocas de fumo para suprir seu vício ou se firmar no grupo de criminosos.

É importante a análise das reclusas gestantes, pois há maior presença de crianças dependentes destas. Não há dúvida que uma criança permanecer na prisão é um fato problemático, da mesma forma que não podemos desconsiderar os fatores de riscos que a permanência desta no ambiente prisional pode causar futuramente, porém, a legislação brasileira não prevê nenhum amparo específico para as reclusas que se enquadram nestas condições, de modo geral assegura-se apenas a presidiária gestante o direito de permanecer com o filho durante o período de amamentação, para isso Quadros e Rita (2008) destacam dois pontos importantes:

O ingresso de mulheres gestantes para cumprimento de pena privativa de liberdade já se constitui como uma questão que merece reflexão e ações no âmbito da gestão dos complexos prisionais. São inegáveis as precárias condições de habitabilidade em que se encontram as penitenciárias brasileiras e o problema se agrava na medida em que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal. Outro fator bastante problemático refere-se ao período de idade máxima para a permanência da criança junto à mãe que cumpre pena de prisão. Das respostas obtidas na pesquisa junto às unidades da federação, observa-se uma variação entre quatro meses e seis anos de vida da criança. Apesar de 63% informarem um período de até seis meses, o que se percebe é a falta de discussão científica sobre esse procedimento.

Conforme os autores, podemos perceber que isso pode se tornar outro problema encontrado pelas mulheres encarceradas será a perda da referência materna pelas crianças, pois muitas vezes já tiveram a perda do referencial paterno e acabam ficando sem a mãe, este fato faz com que as crianças acabem por buscar na rua o seu espaço de convivência e muitos quando chegam à fase adulta acabando inserindo-se no mesmo sistema que os pais, dentro desse pressuposto

Por fim, é importante mencionar que há uma omissão do Estado no que tange ao encarceramento feminino no Brasil, é notório a falta de políticas públicas que considerem a mulher presa sujeito de direitos, com isso Makki e Santos (2009, s.n.) concluem que: “Em um âmbito geral, quando se estuda a população carcerária, seja ela feminina ou masculina, é impossível fugir da análise do fator que potencializou a imersão destes indivíduos no mundo do crime”.

Dentro deste contexto está todo o conjunto de fatores negativos existentes na sociedade, como: desemprego, desigualdade social, dificuldades financeiras, fatores psicológicos e patológicos de cada indivíduo, promiscuidade, desvalorização da vida, ausência de coerção estatal, entre muitos outros.

### **2.3 MATERNIDADE ATRÁS DAS GRADES**

Esse estudo se justifica na investigação acerca da questão da maternidade nos presídios, que embora já tenha várias previsões legais para seu exercício, ainda não há o exercício de uma política pública destina exclusivamente para as encarceradas que estão gestantes. Desta forma, não apenas cabe questionar para garantir a efetivação de uma política pública sua edição num corpo normativo.

Para Hashimoto e Gallo (2010), a situação é diferente quando se trata de uma mulher presa: não são raros os casos de companheiros que as abandonam quando são levadas ao cárcere. É como se o relacionamento fosse rompido a partir daquele momento. O problema se complica quando a mulher tem filhos, pois nem sempre os maridos ou companheiros ficam com as crianças enquanto elas cumprem a pena. No caso dos bebês tidos na prisão, estes podem ficar aos cuidados da família, de parentes ou, na ausência destes, serão encaminhados à instituições para adoção.

Desse modo, é preciso mais uma vez editar uma norma cogente, impondo ao próprio Estado sua efetivação. Quanto à relevância do presente estudo, a mesma está diretamente relacionada com a dignidade humana e traz grande contribuição ao universo acadêmico servindo de instrumento para novas reflexões e possibilitará o aprofundamento de outras pesquisas desta mesma natureza sobre a importância das políticas públicas de saúde voltada as mulheres aprisionadas, assim como contribuirá com a sociedade entender um pouco sobre as Políticas de Saúde na Atenção Básica voltada as mulheres.

Ainda, segundo Hashimoto e Gallo (2010), o momento de separação da mãe encarcerada e seu filho – seja ele bebê, criança ou adolescente – é bastante doloroso e impactante para ambos. Ainda que este permaneça junto ao seu pai ou família extensa, a mulher não perderá sua identidade materna, fazendo com que o ônus de permanecer longe do filho por longos períodos seja fator de extrema angústia no

cumprimento da pena dentro da prisão. Apesar de a legislação prever a existência de creches dentro das penitenciárias para crianças de até sete anos, a realidade mostra uma expressiva divergência entre a norma e a configuração atual do sistema carcerário brasileiro.

Salienta-se ainda, no momento da separação, em caso de impossibilidade de um familiar receber a criança que tenha sua mãe em situação de privação de liberdade, caberá ao Ministério Público ajuizar ação de acolhimento ou de afastamento do convívio familiar, em processo contraditório, assegurando-se direito de defesa à genitora. O acolhimento da criança pode ser tanto institucional como familiar. É imprescindível que as mães tenham acesso à informação ao serviço de acolhimento para o qual eventualmente foi encaminhado seu bebê; contar com assistência jurídica em processos de destituição do poder familiar, caso ela não concorde com a adoção de sua criança por terceiros.

Assim sendo, tem que se ir além do mero gesto de pintar os muros da unidade de cor de rosa; dizer que a mulher é mais emocional; e tornar acessíveis os remédios controlados que ajudam a dormir. Contemplar a questão da mulher presa significa muito mais do que desenvolver concursos de “Miss Penitenciária”, como vem ocorrendo com frequência, pois o peso das diferenças recai sobre as mulheres. Afinal, a prisão “é um espaço masculino”. A prisão é masculina não simplesmente por ter a presença de um número pequeno de encarceradas diante de uma massa carcerária composta de homens, mas porque a medida de todas as coisas é o corpo masculino; um corpo que, mesmo em condições de confinamento em um presídio, possui mais poder: o poder de se deslocar, circular no ambiente prisional, fazer uso de suas capacidades, ainda que em condições precárias, através do exercício ou dos jogos; pode interagir mais, sentir-se menos aprisionado.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O sistema carcerário brasileiro está em colapso, seja por superlotação, desrespeito aos direitos dos presos, falta de segurança em geral, guerra entre as facções dentro dos presídios, rebeliões e conseqüentemente as chacinas como as que ocorreram no Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte, além, do problema/tema do estudo o qual descreve a situação da mulher encarcerada visto de uma percepção peculiar quando essa mulher está grávida, pois a questão da maternidade nos presídios, embora possua vários dispositivos legais para seu exercício, nunca é efetivada enquanto política pública. No decorrer da pesquisa foram analisadas decisões, proferidas pelo Judiciário, da maior instância do Brasil, os quais asseguravam ou impunha ao Estado políticas públicas relacionadas à direitos básicos em atenção a mulher, à maternidade e ao direito de amamentar seu filho, os

quais respeitam o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, ou seja, o Judiciário prolata o remédio jurídico, a fim de evitar o constrangimento ilegal das detentas grávidas ou em estado parturiente, uma vez que exige uma solução urgente e eficaz para a situação em que se encontra incontável número de mulheres em nosso País, a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à mulher presa quando, concretamente, não existir vaga em estabelecimento penal adequado à sua condição de gestante, parturiente ou lactante. Assim sendo, o Estado tem que prover locais adequados para essa clientela, a fim de assegurar um direito básico das mães encarceradas.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Das Penas e da execução penal**. 2ª. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ANDRADE, Marcelo. **A banalidade do mal e as possibilidades da educação moral: contribuições arendtianas**. *In: Revista Brasileira de Educação*, volume 15, nº 43. 2010.

CERNEKA, Rheidi Ann. **Homens que menstruam: Considerações acerca do sistema prisional às especificidades da mulher. Veredas do Direito**, Belo Horizonte. Vol. 6. 2009.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Mulheres nas sombras: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos**. Estudos Feministas, Florianópolis. 2010.

DENCKER, Ada de Freitas M. **Métodos e técnicas de pesquisa em turismo**. 4ª. ed. São Paulo: Futura, 2000.

FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias. **Mulheres aprisionadas: Representando o universo prisional**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Espírito Santo. 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Lígia M. Pondé Vassallo. 8ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

HASHIMOTO, Érica Akie, GALLO, Janaína Soares. **Maternidade e Cárcere: um olhar sobre o drama de se tornar mãe na prisão**. Disponível em: < [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=117](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=117)>.

LEI 7.210/1984. **Lei de Execução Penal.**

LEI 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente.**

MACHADO, Agapito. **Prisões: legalidade, ilegalidade e instrumentos jurídicos.** Fortaleza: Universidade Federal de Fortaleza, 2000.

MAKKI, Salma Hussein; SANTOS, Marcelo Loeblein. **Gênero e criminalidade: Um olhar sobre a mulher encarcerada no Brasil.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>.

MIOTTO, Arminda Bergamini. **Temas penitenciários.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

QUADROS, Pedro Oto; RITA, Rosangela Peixoto Santa. **Amamentação: direito da mãe ou da criança? Um olhar sobre as práticas do encarceramento feminino.** Tese relativa ao Bloco Temático. Direito à vida, à saúde e a condições dignas de sobrevivência. 2008.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico.** 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

NOTAS:

[1] Docente na Ulbra – Bacharel em direito, Advogado, Especialista em Processo Civil Judiciário, Especialista em Docência e Gestão do Ensino Superior, Autor de Livros e Mestre em Direito.



## HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES DE TRÂNSITO

**STEFANY SIMONE SEABRA DE OLIVEIRA:**

Graduanda em Bacharel em Direito na Universidade  
Luterano de Manaus (ULBRA)

Armando de Souza Negrão[1]

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo estudar o fenômeno do controle da violência no trânsito na sociedade brasileira contemporânea, estudar a aplicabilidade do engano deliberado e da interioridade deliberada no crime de homicídio e lesões corporais cometidos na direção do carro, bem como em questões sociais. O presente artigo também inclui os seguintes conceitos: o comportamento punível deve ser conceituado, a confissão e o engano devem ser duplicados na estrutura criminal, e o entendimento doutrinário dos elementos constitutivos e da estrutura do comportamento criminoso e do crime deliberado deve ser divulgado. Irá esclarecer a compreensão do crime automóvel de uma forma mais fácil. Portanto, é realizado um estudo jurídico sobre a aceitação e aplicação do engano final no crime de dirigir embriagado.

**Palavras-chave:** Culpa consciente e Dolo eventual. Direito Penal e Código de Trânsito Brasileiro.

**ABSTRACT:** The present work has the purpose of researching the phenomenon that governs in contemporary Brazilian society to road rage, examining the applicability of dolo eventual and conscious guilt in crimes of murders carried out in the direction of motor vehicle, connected to the call of the society on the subject. The work also has the scope to conceptualize the conduct criminal punishable, enjoying the guilt and deceit in the structure of the offense, as well as expose the doctrinal understanding regarding the elements and structure of the crime manslaughter and felony, in such a way that might clarify so facilitated the understanding with regard to crimes committed in the direction of motor vehicle. Therefore, bringing research in jurisprudence regarding the acceptance and application of dolo eventual us crimes arising from drunk-driving.

**Keywords:** conscious and Intentional Fault possible. Criminal law and Brazilian Transit Code.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. CONTEXTO HISTÓRICO; 3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES; 3.1. Dolo eventual e culpa consciente; 3.2. Da culpa consciente. 4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO; 4.1 Ações penais cabíveis

nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito; 4.1.1. Da possibilidade jurídica do pedido; 4.2. Aumento de pena nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito; 4.2.1. Não possui permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação; 4.2.2. Praticá-lo em faixa de pedestre; 4.2.3. Deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal; 4.2.4. No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiro. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 20 de setembro de 1997), completou, recentemente, 20 (vinte) anos de vigência. Sofreu diversas mudanças legislativas visando o seu aperfeiçoamento e a sua adequação às transformações que a sociedade moderna exige.

Este artigo, no entanto, tem por cerne discutir os principais aspectos jurídicos dos concernentes aos crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, previstos, respectivamente, nos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro.

Serão enfatizadas, também, as mudanças legais ocorridas nos referidos delitos após a promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, a exemplo da Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014. Não passará ao largo as revogações de incisos da redação original das ditas infrações penais, bem como as causas que o motivaram.

Dito isto, impende reconhecer que os delitos que serão aqui tratados – homicídio culposo na direção de veículo automotor e lesão corporal culposa na direção de veículo automotor – são aqueles que causam maiores males na sociedade, já que os bens jurídicos envolvidos, a vida e a integridade física, reclamam maior prevenção e reprovação jurídicas, mediante a adoção de reprimendas penais mais gravosas se consideradas as mesmas figuras típicas contidas no Código Penal.

Saliente-se, ainda, que o delito de homicídio culposo praticado no trânsito é causa de preocupação mundial, mormente das Organizações Mundial da Saúde - OMS, uma vez que constitui uma das principais causas de morte.

Além disso, enorme dispêndio financeiro é suportado pelo Estado na área da saúde, pois, não raras vezes, os tratamentos decorrentes das sequelas deixadas pelo cometimento do crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor são caros e perenes.

## 2. CONTEXTO HISTÓRICO

O homem sempre teve a necessidade de se locomover, seja para se alimentar, migrar para outros territórios ou por outros motivos, e com essa necessidade foi preciso desenvolver ferramentas de locomoção que inicialmente se deu a pé, depois com a ajuda de carroças puxadas por animais devidos às próprias limitações inerentes a raça humana.

Com a evolução o homem criou os veículos movidos à tração mecânica, (veículos automotores), e em meados do século XVII esse desenvolvimento chegou ao Brasil. No ano de 1995, o país contava com nada menos de 53 (cinquenta e três) milhões de veículos motorizados. Sucede que os métodos de engenharia de trânsito acompanharam as inovações tecnológicas produzidas pelo setor automotivo, de sorte que os problemas relacionados ao trânsito não demoraram a acontecer.

Por esses e outros motivos o Brasil se tornou um dos países com a maior taxa de homicídio culposo no trânsito do mundo. A prudência recomendou, diante deste triste cenário, que nosso legislador percebesse a necessidade de criar regras de trânsito mais rígidas, com o intuito de inibir a prática de crimes de trânsito.

A principal delas é o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), que estabelece conceitos, institutos, previsões administrativas, cíveis e criminais decorrentes do uso de veículos automotores.

### **3. ASPECTOS PROCESSUAIS DO HOMICÍDIO CULPOSO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NOS CRIMES COMETIDOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES**

Os artigos 302 e 303 da Lei de Trânsito Brasileiro estipulam o crime de homicídio culposo e danos corporais na direção de veículos automotores.

Portanto, a cláusula expressa o crime de homicídio culposo. Artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor. Penas- detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 2020).

Os crimes envolvidos incluem atos de tolerância, ou seja, atos de matar pessoas na direção de um carro, utilizado para transporte terrestre, mas não incluem navios e veículos com efeito de reboque de animais.

Portanto, o artigo 303 da Lei de Trânsito Brasileira estipula que sempre que ocorrer um acidente de trânsito, o ato que viole a integridade física de outra pessoa

também causará danos pessoais de forma culposa ao veículo. O comportamento é expresso da seguinte forma:

Art. 303 – Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor. Penas – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

Observa-se, portanto, que a aprovação do Código de Trânsito teve como objetivo tutelar a vida, a paz e a segurança no trânsito, tornando as penas então existentes no Código Penal mais severas, na tentativa de inibir o cometimento destes e outros delitos.

### **3.1. Dolo eventual e culpa consciente**

Sabidamente, de acordo com o artigo 18 da Lei Penal, o crime pode ser arbitrário ou culpado. De acordo com a classificação legal, os crimes de trânsito podem ser culpados ou intencionais. O chamado culpado refere-se ao resultado de negligência, falta ou abandono do dever do agente. Por outro lado, diz-se que isso é intencional quando o agente deseja um resultado ou corre o risco de produzi-lo.

O engano pode ser direto ou final. Será fácil quando o agente tiver vontade e intenção criminosa. Porém, quando o agente assume o risco de produzir resultados, ou seja, quando o comportamento do agente é previsível e o agente pode prever o crime contra o interesse jurídico, ocorre a chamada fraude final.

A diferença entre o engano final e a autoconsciência é uma linha tênue. No entanto, em um sentimento interior consciente, o ator prevê a possibilidade do resultado, mas espera que não haja resultados negativos, porque suas habilidades pessoais ou flexibilidade são suficientes para lidar com a situação de risco e prevenir o resultado.

Segundo o autor Bitencourt (2011, p.321):

Haverá dolo eventual quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado, (art.18, I in fine, do CP). No dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas apesar de prevê-lo age aceitando o risco de produzi-lo. Como afirma Hungria, assumir o risco é alguma coisa mais que ter

consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso este venha efetivamente a ocorrer. Não é só.

Em conformidade com José Henrique Pierangeli (2007, p. 57):

Podemos admitir a existência do dolo eventual, quando o resultado típico está abrangido pela vontade realizadora. Essa vontade deverá se apresentar através de uma conduta em que se demonstre de maneira irretocável um total desprezo pelo bem jurídico alheio e que se possa aclarar, através das expressões que me importa azar dele, e outra equivalente. Por conseguinte, se é bem verdade que, em alguns pontos, o dolo eventual transparece com ampla nitidez, nos casos de lesão de direitos pessoais (lesão e morte), muito especialmente, as que são produzidas em meio ao trânsito, a sua adoção quase sempre leva à estupefação.

Traz conscientemente algumas características equivalentes à decepção final, considerando a previsão do agente do resultado e seu comportamento pode levar ao resultado, ambos previsíveis. O que os diferencia é o fato de o agente se sentir interiormente consciente, pensando que suas habilidades impedirão os resultados.

Diz Bitencourt (2011, p. 341):

Os limites fronteiros entre dolo eventual e culpa inconsciente constitui um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez renunciar a ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá.

Fazendo alusão da diferença entre culpa consciente e dolo eventual, Queiroz (2001, p. 148) analisa que:

Ao contrário do gui interno consciente (ou interno previdente), na fraude final, o agente (mesmo que apenas ocasionalmente) deseja o resultado, ou seja, aceita sua produção. Porém, por causa da consciência interior, existem apenas profecias e os resultados não serão aceitos. Portanto, no caso de intenção, o autor agirá de acordo com a seguinte fórmula: "Em qualquer

caso, faça o melhor que puder, não vou deixar de agir em hipótese alguma” (Frank). Na culpa consciente, no entanto, há um erro de cálculo, enquanto no dolo eventual há uma dúvida. Existe, por conseguinte, entre dolo eventual e culpa consciente, como observa Hungria, um traço comum: a previsão do resultado antijurídico, mas, enquanto no dolo eventual o agente presta anuência ao advento desse resultado, preferindo arriscar-se a produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, o agente repele, embora consideravelmente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá, pois assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente ocorrer.

As consequências jurídicas são absolutamente diversas. Suponha que o motorista do veículo seja culpado de morte devido à condução inadequada de um veículo motorizado. De acordo com o artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, a pena de reclusão será de dois a quatro anos. No entanto, com base na competição de automóveis não autorizada, o mesmo comportamento é usado deliberadamente como um guia deliberado. Isso significa que, embora não haja classificação legal do Código de Trânsito Brasileiro, apesar do disposto no artigo 121 do Código Penal, o autor do crime ainda será condenado a 6 a 20 anos de prisão.

O entendimento teórico-jurídico é universal, ou seja, se houver dúvidas sobre a verdadeira intenção de determinado caso, ou seja, se o crime é doloso ou culposo, o agente deve responder com atitude culpada, e concentre-se na ausência de fatos. Prova de fraude, tudo é baseado na honra do princípio “in dubio pro reo”.

### **3.2. Da culpa consciente**

De acordo com os padrões trazidos por leis e princípios para a fraude final e conscientemente trazidos, devemos determinar a semelhança a fim de tornar a diferença mais complicada quando a situação real existe.

Como no caso em que o agente produz conscientemente o resultado, mas é indiferente ao resultado, pode haver engano. Porém, na maioria dos casos, é necessário entender o interior do agente, ou seja, o que o levou a cometer determinado crime.

Traz conscientemente algumas características equivalentes à decepção final, considerando a previsão do agente do resultado e seu comportamento pode levar

ao resultado, ambos previsíveis. O fato que os torna especiais é que o agente consciente acredita que suas habilidades irão impedir o resultado.

De acordo com Bitencourt (2011, p. 341):

A fronteira entre o engano deliberado e a inconsciência é um dos problemas mais difíceis da teoria criminal. Há uma coisa em comum entre eles: a previsão do resultado da proibição. Porém, embora na fraude final, o agente concorda com a aparência do resultado, mas assume o risco de produzir o resultado, ao invés de desistir da ação. Pelo contrário, rejeitou a suposição da superioridade do resultado devido à internalização consciente, e acredite firmemente que isso não vai acontecer.

Portanto, pode-se concluir que a diferença entre o engano final e o crime consciente se deve ao fato de o agente querer produzir resultados, pois se no engano final o agente age condenado e quer produzir resultados ou mesmo assumir Risco Risco, o agente conscientemente, não tem interesse, não aceita o resultado e está confiante de que sua habilidade evitará o resultado.

#### **4. APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL NOS CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO**

Os crimes de trânsito continuam a ocorrer devido à embriaguez, direção perigosa, levando a vítimas fatais ou devido ao descuido do motorista. Os motoristas alegam que não sabem o que estão fazendo, e os legisladores tentam tornar as regras mais rígidas para serem regidas pelas leis de trânsito brasileiras.

Com esse objetivo, Lei nº 12.760/12, modificou o art.306 do Código de Trânsito Brasileiro.

“Artigo 306. Ao conduzir automóvel, por influência do álcool ou de outras substâncias psicoativas decididas a recorrer, a capacidade psicomotora foi alterada: Pena-detenção de seis meses a três anos, multas e suspensão ou proibição de obtenção de licença ou autorização para conduzir.

§1º O comportamento previsto pelo comportamento humano será verificado pelos seguintes métodos:

I-uma concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou

II-Usar o treinamento Contran para mostrar sinais de alterações nas habilidades psicomotoras ".

Antes da mudança da lei, para constatar que dirigia embriagado, era necessário restringir o teor de álcool de seis (seis) centavos de álcool por litro de sangue. Uma vez cometido um homicídio, o motorista não é obrigado a fazer exame de álcool no sangue. Ou ferimentos pessoais na direção do carro não fornecerão evidências.

Os legisladores estão atentos às lacunas e mudam a lei da embriaguez, alterando as atividades espontâneas causadas pelo uso do álcool. Além do teor de álcool no sangue, há evidências de que a substância causou alterações significativas nos motoristas.

No entanto, isso não é razoável porque é um crime de arte no jogo. O 302 danificado absorveu completamente o comportamento perigoso da seção 306, evitando assim a ocorrência de atos criminosos.

Portanto, no caso de mortes no trânsito, presumivelmente causadas pela embriaguez do motorista, para evitar que o agente que causou a morte seja condenado e aumentar a pena, muitas vezes se utiliza o engano.

Desta maneira, o dolo eventual não será tratado mais pelo Código de Trânsito Brasileiro que por sua vez não admite modalidade dolosa, saindo de sua esfera e levando para o art. 121 do Código Penal Brasileiro, cumulado com art. 18, I, ou a lesão corporal seguida de morte, prevista pelo art. 129, §3º também do Código Penal Brasileiro.

Na perspectiva do legislador, se o agente que causou o homicídio atender ao Código de Trânsito Brasileiro, a pena máxima será de 4 anos. No entanto, se você finalmente pleitear por homicídio doloso, além de ser condenado no tribunal do júri, sua pena também pode ser condenada a 6 a 20 anos de prisão.

Portanto, podemos entender que o uso de possíveis intenções em casos de homicídio de trânsito levará a tribunais injustos, pois os crimes de trânsito devem ser tratados pela legislação de trânsito brasileira e não pela legislação penal brasileira.



Nesse sentido, em decisão do Habeas Corpus 107801 SP, o STF teve conhecimento da ocorrência de gui interna consciente e decidiu abolir o crime de homicídio doloso na direção do veículo automotor e determiná-lo como crime de homicídio doloso:

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA UM BACTERICIDA QUALIFICADO ATUA COMO UM DOLO EFICAZ. HÁ UM DEFEITO NA CASA NA DIREÇÃO DO CARRO. BEBIDAS ALCOÓLICAS. ACTIO LIBERA FICA EM CAUSA. FALTA DE REGULAMENTOS DE CONTEÚDO VIOLENTO. A REAVALIAÇÃO DOS FATOS NÃO SE CONFUNDE COM O REAPARECIMENTO DO CONJUNTO DE PROVAS DOS FATOS. PEDIDO CONCEDIDO. 1. Com a alteração do habeas corpus, os crimes podem ser classificados como crimes dolosos, o que significa penas extremamente onerosas e afetam a liberdade de entrada e saída ao alterar os procedimentos penais que causam danos a esta cláusula. 2. Se a imputação for imputável ao homicídio doloso pelo facto de o alcoolismo final ser apenas presunção, prevalece o homicídio na direcção de automóvel (art. Caput, do). 4. In casu, A partir do exame da fundamentação do julgamento do TJ / SP, não foi comprovado que o paciente ingeriu bebida alcoólica para produzir o resultado de morte. 5. A doutrina clássica afirma que "o projeto preliminar da Hungria e seu modelo inspirado podem resolver melhor este problema", revelando assim suas vantagens de justiça.. arte. O art. 31, dos arts. 1º e 2º estipulam: "Intoxicação por álcool ou substância de efeito semelhante, ainda que consumida integralmente, não está excluída a responsabilidade, a menos que seja acidental ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez for utilizada intencionalmente Crime, o infrator será considerado crime de fraude; § 2. Se a intoxicação for voluntária e completa, embora não acidental, e o agente prever e puder prever, neste caso, poderá cometer crime, então A negligência deve ser punida se o fato for punível a este respeito". (Guilherme Souza Nucci, comentado, 5. Ed. Rev. Atual. E ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves,

DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 06 não se aplica ao caso em análise, pois não pode se constituir em contravenção, mas, ao contrário, prenuncia os motivos do agravamento da sentença penal e, teoricamente, se configura como crime de homicídio culposo na direção do automóvel. (Artigo, hipoteca, faça). 8. Permitir a classificação das ações atribuídas ao homicídio culposo como ordem na direção do carro (art. , caput, do ), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.”

Para ser correto, a causa do acidente de trânsito é a vítima, e ela tem a certeza jurídica do julgamento feito pelo órgão legislativo especial. Talvez deva ser alterado para agravar essas circunstâncias especiais. O que é inaceitável é a distorção do engano. Os crimes de trânsito podem ser classificados como crimes deliberados, os quais se devem à prática prevista nesta área. De acordo com o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, o agente conhece o resultado.

O verdadeiro alvo do crime de morte ilegal é a vida e a lesão corporal culpada, ou seja, a integridade física da pessoa que sofre acidente de trânsito em via pública.

Assim prescreve MARCÃO (2008)

Em relação ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em estudo, vê-se que temos a vida em primeiro lugar, e subsidiariamente o fluxo de veículos, haja vista o CTB trazer em seu bojo diversas outras normas de ordem pública consistentes em ordenar o trânsito de veículos em território nacional.

#### **4.1 Ações penais cabíveis nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito**

O artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, define as regras, que só haverá processo judicial se a vítima assim requerer, e serão aplicadas normas gerais do Código Penal Brasileiro e do Processo Penal bem como dos dispositivos da lei 9.099/95 no que couber.

Porém toda regra há sua exceção, uma vez que em certos casos não se pode falar em ação penal pública condicionada a representação por se mostrar diferente em situações particulares neste caso dando ênfase ao crime homicídio culposa (art.302) do Código de Trânsito Brasileiro e lesão corporal culposa (art. 303) do Código de Trânsito Brasileiro ocorrida na direção de veículo automotor e

independente da vontade da vítima haverá a oferecimento de denúncia pelo Ministério Público e a ação será pública incondicionada.

Sobre a matéria, discorre Mirabete:

“A ação é um direito subjetivo processual que surge em razão da existência de um litígio, seja ele civil ou penal. Ante a pretensão satisfeita de que o litígio provém, aquele cuja exigência ficou desatendida propõe a ação, a fim de que o Estado, no exercício da jurisdição, faça justiça, compondo, segundo o direito objetivo, o conflito intersubjetivo de interesses em que a lide se consubstancia. O jus puniendi, ou poder de punir, que é de natureza administrativa, mas de coação indireta diante da limitação da autodefesa estatal, obriga o Estado-Administração, a comparecer perante o Estado-Juiz propondo a ação penal para que seja ele realizado. A ação é, pois, um direito de natureza pública, que pertence ao indivíduo, como pessoa, e ao próprio Estado, enquanto administração, perante os órgãos destinados a tal fim”. (MIRABETE, Júlio Fabrinni. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2005.v. 1, p. 108).

Para ter início uma ação penal (denúncia), deve estar presentes alguns requisitos que são inerentes ao fato como, por exemplo: a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento que possa identifica-lo, a classificação do crime e o rol das testemunhas.

#### **4.1.1. Da possibilidade jurídica do pedido**

Em nosso ordenamento jurídico ativo, é necessário estipular as condições dos direitos exigidos no pedido de cláusula de jurisdição, sendo viável a cláusula de jurisdição condenatória explicitamente permitida em processo penal.

“(...)A ordem jurídica das medidas que você deseja que sejam cumpridas. Na falta de afastamento, a doutrina processual penal carecerá de hipóteses, pois, na falta de ação, a possibilidade jurídica do pedido será prevista na legislação penal. (...)”. (PACELLI, 2007, p. 87).

#### **4.1.2. Do interesse de agir**

Segundo a Dinamarca, o benefício da propositura de uma ação judicial pode ser definido como “a utilidade das disposições judiciais pretendidas pelo autor”. A razão para a tomada dessa condição de ação é que o estado exerce jurisdição apenas quando necessário, devendo proteger o trinômio explicado pela Capes.

“Mostra-se nas três fórmulas: a necessidade e praticidade da utilização dos canais jurisdicionais para defesa dos interesses substantivos esperados e a adequação dos procedimentos e cláusulas, para que a vontade específica da lei possa atuar de acordo com os parâmetros do devido processo” (CAPEZ, 2007, p. 470).

Os três termos a que Capes se refere são condições de contencioso, com base no princípio de que é impossível impor punições sem os procedimentos legais adequados.

#### **4.1.3. Da legitimidade das partes**

Quanto à legalidade, o titular do processo deduzido é legal por este motivo.

Capex estipula: “(...) legitimidade” é a legitimidade dos elementos positivos da relação de ocupação do processo judicial, que é cumprida pelo Ministério Público no processo penal público e pela vítima no processo penal privado. Assim como no pólo passivo, ela é determinada pelos possíveis participantes dos fatos e pela legitimidade do processo, ou seja, legitimidade se refere à capacidade de defender seus próprios interesses em seu próprio nome (...).” (CAPEZ, 2007, p. 471).

#### **4.2. Aumento de pena nos crimes de homicídio e lesão corporal culposa nos crimes de trânsito**

Além dos crimes cometidos de forma simples previstos nos artigos 302 que trata de homicídio culposo na direção de veículo automotor e artigo 303 de lesão corporal culposa, o legislador, tornou por majorar a pena situação expressas na lei que são elas:

##### **4.2.1. Não possui permissão para dirigir ou Carteira Nacional de Habilitação**

O condutor que não tiver permissão para dirigir ou não tiver Carteira Nacional de Habilitação, terá sua pena aumentada de 1/3 a metade e o fato não retira do condutor a responsabilidade uma que o fato gerador do aumento da pena não é sua capacidade de guiar um veículo automotor e sim o fato de não ter a devida permissão ou Carteira Nacional de Habilitação.

Não será por sua vez reconhecido como crime autônomo com previsão no artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro:

Ementa: APELO DEFENSIVO. **HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR**, QUALIFICADO POR NÃO POSSUIR PERMISSÃO PARA DIRIGIR OU CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. ART. 302, § ÚNICO, I DO CTB. RECURSO DISTRIBUÍDO EM 06.05.11 E CONCLUSO PARA JULGAMENTO EM 16.06.11. SENTENCIADO QUE APELA EM LIBERDADE. APELANTE QUE, NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VELOCIDADE INCOMPATÍVEL COM O LOCAL, SEM HABILITAÇÃO E COM QUANTIDADE DE PASSAGEIROS SUPERIOR AO PERMITIDO, CAPOTOU O CARRO, CAUSANDO A MORTE DA VÍTIMA E LESÕES CORPORAIS EM OUTRAS 04 (QUATRO) PESSOAS. CONDENAÇÃO EM 02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE DETENÇÃO. FUNDAMENTOS DO RECURSO: PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. REJEITADA. MÉRITO. 1. ABSOLVIÇÃO. INACOLHIDO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL. Página 1 de 7.799 resultados. (TJ-MJ – Apelação Criminal APR 10183091603385001 mg (TJ-MG).

#### 4.2.2. Praticá-lo em faixa de pedestre

Será considerada também causa de aumento de pena o cometimento de homicídio culposo ou lesão corporal culposa, na direção de veículo automotor cometida sobre a faixa de pedestre. Onde o condutor tem o dever de resguardar a integridade física do pedestre.

Ementa: HOMICÍDIO CULPOSO. ATROPELAMENTO COM MORTE. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Como afirmou o Julgador, condenando o recorrente: "A negligência do denunciado decorreu de sua falta de atenção e cuidados necessários para a segurança no trânsito, visto que não visualizou a vítima atravessando a rua, embora tivesse condições para tanto, olvidando que a prioridade de passagem era da ofendida que estava na travessia em local apropriado. A faixa presente no local indicava a previsibilidade de que haveriam pedestres nas proximidades, o que exigia maior cautela dos condutores de veículos naquele local." DECISÃO: Apelo defensivo desprovido, por maioria de votos. (Apelação Crime Nº 70050075332, Primeira Câmara

Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 20/02/2013).

#### **4.2.3. Deixar de prestar socorro, quando possível faze-lo sem risco pessoal**

O agente causador do acidente de trânsito deve prestar imediato socorro à vítima, sob a égide de que não o fizer sua será pena majorada e será permitida sua prisão em flagrante nos termos do artigo 301 do Código de Trânsito Brasileiro.

O agente causador que não prestar o devido socorro deve justificar que havia risco a sua integridade física e não pode fazê-lo, respondendo pelo fato na forma simples e não majorada, garantindo que não será preso em flagrante e nem lhe exigindo fiança.

A pena será aumentada, se for possível faze-lo sem risco a sua integridade física e não fez e que tenha agido culposamente para que o fato acontecesse, e não houve imprudência, negligencia ou imperícia estará incurso no art. 304 do código de transito brasileiro cometendo assim o crime de omissão.

Ementa: PROCESSOS CRIMINAIS E CRIMINAIS. RECURSO CRIMINAL. DROGA ASSASSINA CURPOSO (ART. 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, CTB). CRIME DE TRÂNSITO. A LISTA CIRCULAR ESTÁ EM EXECUÇÃO. O MOTORISTA DO VEÍCULO SAI. NENHUMA COBRANÇA FOI COBRADA. NÃO DECLARA SE A VÍTIMA TEM RESPONSABILIDADES CIRCUNDANTES, PARALELAS OU EXCLUSIVAS. TESTEMUNHAS E ESPECIALISTAS PROVARAM QUE O APOIO FOI INDELICADO E NEGLIGENTE. O NÃO CUMPRIMENTO DAS RESPONSABILIDADES DE CUIDADO. PREVISIBILIDADE OBJETIVA DOS RESULTADOS. CUMPRIR OS REQUISITOS. IMPRECISO. RESERVE A CONDENAÇÃO. O RÉU NÃO TEM DECLARAÇÃO DE RISCO PESSOAL. NENHUMA ASSISTÊNCIA FOI PRESTADA ÀS VÍTIMAS. CONFIGURAÇÃO. MORREU IMEDIATAMENTE PARA A VÍTIMA. NÃO IMPORTA. EXCLUA OS MOTIVOS DO AUMENTO DAS MULTAS. NÃO DISPONÍVEL. APELO APRIMORADO. DECISÃO UNÂNIME.I - Havendo prova de que o réu foi o responsável pelo atropelamento da vítima fatal, à míngua de qualquer circunstância que exclua sua culpa ou que demonstre a culpa exclusiva por parte da vítima, impõe-se a condenação pela prática do delito de homicídio culposo previsto no Código de Trânsito Brasileiro. Assim, demonstrada

a culpa, na modalidade de negligência e imprudência, do condutor do veículo responsável pelo atropelamento fatal da vítima, como é o caso dos autos, torna-se inviável a absolvição do recorrente, que não cumpriu com o dever objetivo de cuidado, ante a previsibilidade do evento danoso. Precedente do STJ. II- "(...) 2. Irrelevante o fato de a vítima ter falecido imediatamente, tendo em vista que não cabe ao condutor do veículo, no instante do acidente, supor que a gravidade das lesões resultou na morte para deixar de prestar o devido socorro. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag nº 1.140.929/MG, relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2009). Precedentes do STJ e do TJPE.III- Apelo não provido. Decisão unânime.

#### **4.2.4. No exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiro**

Pessoa que tem como sua atividade laboral o transporte de passageiros deve zelar pela segurança de todos que transporta exigindo-lhe um cuidado a mais quando estiver na direção de veículo, automotor ainda que este não tenha passageiro.

Não há necessidade que o veículo utilizado esteja com passageiros bastando apenas que o condutor esteja conduzindo o veículo, não ficando restritas, às pessoas que estiverem fora do veículo também se forem vítimas o condutor respondera pelo crime deste inciso.

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de apelação. EMENTA: APELANTE: JEFFERSON CARLOS SANTOS PEREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ RELATOR: DES. MIGUEL KFOURI NETO APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS (ART. 302, § 1.º, INC. IV, DA LEI Nº.9.503/97). RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU ADENTROU À VIA NA CONTRAMÃO DE DIREÇÃO POR AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. DESACOLHIMENTO. PROVAS SUFICIENTES DE QUE O RÉU, AO SAIR DO TERMINAL DO SÍTIO CERCADO, CONDUZINDO ÔNIBUS BIARTICULADO, ADENTROU NA CONTRAMÃO, IGNORANDO PLACAS DE SINALIZAÇÃO EM

SENTIDO CONTRÁRIO. ATO CONTÍNUO, TRANSPÔS CRUZAMENTO SINALIZADO COM SEMÁFORO, INTERCEPTANDO A TRAJETÓRIA DO VEÍCULO VW/GOL, QUE VINHA EM SUA REGULAR MÃO DE DIREÇÃO, CAUSANDO A MORTE DA PASSAGEIRA DESTE. QUEBRA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO DEMONSTRADO. RECURSO DESPROVIDO. I - RELATÓRIO (TJPR - 1ª C.Criminal - AC - 1389219-6 - Curitiba - Rel.: Miguel Kfoury Neto - Unânime - - J. 13.08.2015)

O número de vítimas fatais em acidentes de trânsito vem crescendo drasticamente, tornando a sociedade mais violenta, fazendo com que as pessoas se sintam cada vez mais inseguras.

Após a criação do Código de Trânsito Brasileiro no ano de 1997, no Brasil o número de mortes no trânsito era de aproximadamente 35 mil mortes, visto que éramos o primeiro lugar nas estatísticas de mortes no trânsito. Após a criação do Código de Trânsito Brasileiro houve uma diminuição considerável com queda para 28 mil mortes, porém nos anos subsequentes houve um crescimento moderado e que em 2012 já ultrapassava 43 mil mortes no trânsito, conforme gráfico abaixo que bem denota esta situação.

Os dados acima ilustram a média de cada 100 mil habitantes no Brasil. Se comparar com outros países, nota-se que em 2017 o Brasil ocupa o 3º lugar no ranking mundial de mortes no trânsito, atrás apenas de países como África do Sul e Tailândia.

A alusão de que o Código de Trânsito Brasileiro diminuiria ou até mesmo inibiria os acidentes de trânsito não se constata efetivamente, uma vez que o resultado advém de causa natural, nem sempre podendo ser previsto, uma vez que está associada à consciência pessoal do homem e não o medo uma punição mais gravosa (Ministério da saúde, 2017).

Conforme a última avaliação do Ministério da Saúde em 2017 houve um número significativo de vítimas fatais de acidentes de trânsito de transporte terrestre somando um total de 37.306 vítimas, a figura abaixo é clara sobre a situação.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho tem o objetivo de analisar as mudanças ocorridas na legislação brasileira no que se refere aos crimes de trânsito praticados na direção de veículo automotor, mostrando que as penas se tornaram mais graves com o objetivo de inibir tais crimes.



Atualmente a sociedade vêm enfrentando diversos riscos de ordem, econômicos, naturais, nucleares e, todos aqueles que são presenciados diariamente. Também nesta linha de raciocínio, estão os riscos causados pela violência no trânsito, estando entre os mais perigosos, causando insegurança à sociedade.

Por isso, nota-se uma sociedade mais participativa nas decisões dadas pelos magistrados, fazendo com que a insegurança vivenciada por ela, acabe interferindo no julgado, na maior parte, punindo de maneira impensada e severa os que violam as leis de trânsito. E, para tentar dar uma resposta imediata à sociedade, os juízes vêm anuindo à tese de enquadramento do dolo eventual, mesmo não sendo a maneira mais correta de dirimir os problemas oriundos do trânsito.

Todo esse entrave dá-se pela complexidade de distinguir a modalidade do dolo eventual ou da culpa consciente no caso concreto. Tudo isso, resulta em oposições de pensamentos, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, haja vista as semelhanças entre ambos.

A diferença entre o homicídio culposo e o doloso, encontra-se, também, no tempo da pena por isso muitos juízes tendem a reconhecer o dolo eventual, como forma de punir mais severamente os infratores que praticam crimes no trânsito, idealizando na sociedade uma sensação de segurança.

Porém, se nos dias atuais o reconhecimento do dolo eventual tornou-se algo frívolo, e na maioria das vezes instintivo, isso se deve em grande parte à pressão trazida pela mídia. Lamentavelmente o poder dos meios de comunicação faz com que, em muitos casos, os poderes legislativo e judiciário, fiquem alienados ao clamor popular, a fim de influenciar nas decisões judiciais e na elaboração de leis, deixando o embasamento técnico de lado.

Diante desses fatos, criou-se uma comissão incumbida de elaborar um anteprojeto de reforma ao Código Penal. Uma das propostas apresenta o novo modelo de culpa, a culpa gravíssima, que implicará numa punição mais severa, tanto para os crimes de lesão corporal e homicídio de trânsito, decorrente de embriaguez, quanto para os crimes de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade. Deste modo, permite-se que os delitos supracitados sejam punidos de forma mais condizente, abstendo-se o julgador de observar a aplicação e o reconhecimento do dolo eventual, ou seja, ofuscaria o ponto de vista analítico.

A solução dos problemas decorrentes do trânsito não pode ser transferida, unicamente, ao Código Penal, nem achar que, aumentando a punição, fará com que

a violência no trânsito amenize. Para tal, implique na reeducação de todos os cidadãos, sejam eles pedestres ou condutores.

Dito isto, é importante ressaltar que atualmente o Direito Penal está sendo interpretado de maneira equivocada, visto que existem situações lógicas em que o dolo eventual é aplicado, em vez da culpa consciente, ao acreditar que essa decisão poderá solucionar ou amenizar a violência atual do trânsito. Isso apenas serve como forma de responder ao clamor da sociedade, mas de modo geral, não se pode tentar resolver o problema, aumentando a pena, sem, ao menos, entender as causas que ensejaram o delito.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral** – 15° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 3 ed. São Paulo, Atlas, 1987.

PIERANGELI, José Henrique. **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Thomson, Ano VIII n° 44, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal**. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Dolo Eventual e Culpa Consciente nos Crimes de Trânsito**. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N° 59, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; JUNIOR, Alceu Corrêa. **Teoria da Pena**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

[http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/\(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c\).pdf](http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/(resolu%C3%A7%C3%A3o%20432.2013c).pdf) Acesso:10/10/2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8ª Ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6438](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6438) Acesso:09/10/2020.

NOTAS:

[1] Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1988). Advogado militante na Comarca de Manaus. Especialista em Administração Pública com ênfase em Direito Público pela Universidade Nilton Lins - UNINILTON LINS (1999). Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A INJÚRIA VIRTUAL PERANTE A JUSTIÇA BRASILEIRA

**ALONSO RAMOS DA SILVA JÚNIOR:**

Cursando Graduação. Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

**RESUMO:** O artigo discorre sobre a proteção ao indivíduo que sofre crime de injúria virtual, cabendo a pessoa ofendida o direito de apresentar queixa-crime e requerer a responsabilidade criminal do indivíduo, além da indenização por danos morais ou materiais pelo constrangimento sofrido no mundo virtual. O crime de injúria virtual por sua vez está contido no Código Penal Brasileiro, em seus artigos 140 ao 145, no capítulo que trata sobre os Crimes contra a Honra. A Justiça Brasileira por sua vez, vem atuando de forma a proteger às vítimas quem tem padecido mediante o crime virtual. Tendo como objetivo descrever sobre quando ocorre a sua configuração, sendo analisado para isso, o seu elemento objetivo, que é o crime propriamente dito na Lei, e seu elemento subjetivo, no qual é analisado o animus do agente, que é o dolo de causar dano a outrem no momento da ofensa. Às inúmeras decisões dos tribunais em relação ao crime de injúria virtual em seus aspectos objetivos e subjetivos. Logo, cabe ao injuriado pleitear, direito a indenização, queixa-crime, ação penal privada, e a proteção da Dignidade da Pessoa Humana. Como embasamento serão usados artigos, livros, sites, e decisões jurisprudenciais que darão base ao presente artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Injúria Virtual. Queixa-Crime. Crimes contra a Honra. Dignidade da Pessoa Humana.

### THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY AND VIRTUAL INJURY BEFORE BRAZILIAN JUSTICE

**ABSTRACT:** The article discusses the protection of the individual who suffers a crime of virtual injury, with the offended person having the right to file a criminal complaint and claim the individual's criminal liability, in addition to compensation for moral or material damages for the embarrassment suffered in the virtual world. The crime of virtual injury is contained in the Brazilian Penal Code, in its articles 140 to 145, in the chapter dealing with Crimes against Honor. The Brazilian Justice, in turn, has been acting to protect victims who have suffered through cybercrime. Aiming to describe when its configuration occurs, being analyzed for that, its objective element, which is

the crime itself in the Law, and its subjective element, in which the agent's animus is analyzed, which is the deceit of causing harm to others at the time of the offense. The innumerable decisions of the courts in relation to the crime of virtual injury in its objective and subjective aspects. Therefore, it is up to the injured party to plead, the right to compensation, a criminal complaint, private criminal action, and the protection of the Dignity of the Human Person. As a basis for this research, scientific articles, books, websites, and jurisprudential decisions that will base this article will be used.

**KEYWORDS:** Virtual Injury. Crime Complaint. Crimes against Honor. Dignity of human person.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1 A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO CRIME DE INJÚRIA VIRTUAL. 2 A INJÚRIA VIRTUAL E SEUS ASPECTOS GERAIS. 3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA COM SUAS FUNDAMENTAÇÕES LEGAIS. 4 ELEMENTOS DO TIPO PENAL E SUAS ADEQUAÇÕES. 4.1 TIPO OBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA. 4.2 TIPO SUBJETIVO: ADEQUAÇÃO TÍPICA. 5 OS PROCEDIMENTOS QUE A VÍTIMA DEVE TOMAR. 6 PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIS FALSOS. 7 AS DEVIDAS PUNIÇÕES PARA OS INFRATORES. 8. COMPETÊNCIA PARA JULGAR. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Grande parte da população brasileira possui alguma forma de acesso à Internet por inúmeros dispositivos diferentes ou por diversas redes ou mídias sociais. E são inúmeros assuntos que são discutidos na Web, sendo inclusive assuntos polêmicos que geram discursos de ódio, como esportes, política, religião, ou até mesmo casos em que há usuários online que partem para ofensas de forma espontânea com o intuito de ridicularizar o seu próximo ou responde em uma discussão de forma desproporcional, gerando assim consequências desonrosas à vítima como constrangimento ou sentimento de inferioridade.

Por vezes, tem criminosos que por acharem que sairão impunes, por estarem anônimos ou não, acabam ferindo o direito que todo indivíduo tem na sociedade, que é o respeito a sua honra. E com isso, torna-se necessário que as autoridades tomem medidas o quanto antes, averiguando os fatos e localizando os infratores, podendo até mesmo o provedor onde o conteúdo ofensivo se encontra ser punido, tendo em vista, que enquanto o conteúdo permanecer na página, possa continuar causando prejuízos as vítimas. Injúrias essas que são por motivos de religião, raça, cor, etnia, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Este artigo científico delimita-se, em relação ao princípio da dignidade humana e a injúria virtual perante a justiça brasileira. Há a total diferença entre liberdade de expressão e ferir o direito do próximo, tendo em vista, a ponderação de interesses, em que um princípio deve prevalecer em relação ao outro. Então os limites da liberdade de expressão estão no princípio da dignidade humana e na própria lei que garante o direito à honra de todo titular de direito e tipifica o devido delito.

Diante disso, este artigo apresentará quais são os critérios legais para caracterizar a injúria virtual; Neste mesmo sentido, veremos os critérios de punição a esse tipo de crime. Pois nem todos estes casos podem ser tipificados como delito, podendo haver casos semelhantes que não se enquadrarão no tipo penal.

Este trabalho tem objetivo geral, a análise dos demais casos relevantes em relação ao crime de injúria no ambiente virtual, tais como a intenção do agente (*animus*), o motivo e os prejuízos que a vítima do delito possa sofrer em sua honra subjetiva. Já os objetivos específicos do estudo tratam sobre a aplicabilidade da legislação brasileira, bem como entendimento doutrinário e jurisprudencial em relação ao caso; demonstrar os prejuízos que a vítima pode vir a sofrer com o constrangimento em sua honra subjetiva; verificar quais as consequências para o infrator e para o provador onde ocorreu o delito; quais os casos relevantes para se entrar com uma ação e quais os procedimentos de investigação por parte das autoridades policiais que são encarregadas para apurar a autoria e a materialidade do crime.

Em relação à metodologia, foram buscadas várias monografias e artigos científicos que auxiliaram no desenvolvimento deste trabalho, e de onde também se pôde buscar outras referências e outros caminhos para auxiliarem na evolução deste projeto. Além de ter sido encontrado o entendimento de alguns doutrinadores, autores e algumas leis que deram embasamento ao tema em questão.

## **1 A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO CRIME DE INJÚRIA VIRTUAL**

A Internet é uma ferramenta que é usada de forma livre e há indivíduos que se associam à liberdade de expressão para praticarem delitos. Entretanto, o Estado criou maneiras de coibir esses atos e passou a adotar medidas úteis que servem para localizar esses criminosos que por vezes se escondem em perfis falsos pra se sentirem livres e ultrapassarem os limites que a liberdade de expressão propõe para a prática de delitos. O limite da liberdade de expressão está previsto na lei. A vítima poderá ser humilhada por um comentário ofensivo de forma privada ou pública, sendo a pena desta última de forma mais grave, podendo as duas hipóteses citadas, gerar

danos psicológicos ou constrangimento perante outros indivíduos que sejam presentes ou não em seu convívio social.

Este trabalho terá o foco principal na Injúria Virtual, porém, se faz necessário citar os outros dois delitos genéricos que estão tipificados no mesmo capítulo do tipo penal que são os Crimes Contra a Honra, para assim, o leitor saber identificar as características e as diferenças de cada um desses crimes.

Os Crimes Contra a Honra estão previstos no capítulo V, Título I da parte especial do Código Penal, dos artigos 140 até o parágrafo único do artigo 145. Neste capítulo, se tem o objeto jurídico protegido que é a honra imaterial.

Neste capítulo está especificado o crime de Calúnia, no artigo 138, do CP, que é configurado quando um indivíduo imputa falsamente um crime a alguém. Logo em seguida, vem o artigo 139, que é a Difamação, e se tipifica quando uma pessoa imputa algo ofensivo à reputação da vítima ainda que seja verdadeira ou falsa. Nestes dois tipos penais, a vítima tem sua honra objetiva violada, devido à reputação do indivíduo ser atingida e isso afetará no modo do conceito que os demais membros da sociedade têm a respeito do indivíduo, relativamente a seus atributos morais, éticos, culturais, intelectuais, físicos ou profissionais.

Já a injúria, prevista no art. 140 do Código Penal, é uma ofensa atribuída a alguém. É atribuir uma qualidade negativa referente a uma pessoa, seja ela verdadeira ou não. Nesse caso, não basta apenas que terceiros tenham conhecimento, bastando apenas que chegue ao conhecimento da vítima para assim o delito se configurar, ou melhor dizendo, diferentemente da difamação e calúnia, onde o conhecimento de terceiros se configura o crime, no caso de injúria basta que se chegue ao conhecimento do próprio autor, ferindo assim sua honra subjetiva, que é o modo como a pessoa se sente perante a sociedade.

Neste capítulo será abordado como o Estado atua em relação ao delito de Injúria cometida na Internet, além de falar sobre sua conceituação geral e a forma em que será considerado de acordo com o que está tipificado.

## **2 A INJÚRIA VIRTUAL E SEUS ASPECTOS GERAIS**

De acordo com Bittencourt (2012, p. 864):

Injuriar é ofender a dignidade ou o decoro de alguém. A injúria, que é a expressão da opinião ou conceito do sujeito ativo, traduz sempre desprezo ou menoscabo pelo injuriado. É essencialmente uma manifestação de desprezo e de

desrespeito suficientemente idônea para ofender a honra da vítima no seu aspecto interno.

Ainda segundo Bitencourt (2012, p. 861) neste tipo penal, trata-se de honra subjetiva, ou seja, a pretensão à dignidade humana, devido ao que o indivíduo tem a respeito de si mesmo. Em caso de dúvida do intérprete no caso de apontar alguns dos crimes contra a honra, deve-se optar pela injúria, pois esta é mais abrangente que a difamação e a calúnia.

Para Prado (2006, p. 470) e Jesus (2007, p. 497) no crime de injúria, a vítima pode ser apenas pessoas físicas, pois no entendimento majoritário das doutrinas e da jurisprudências não se estende esse tipo penal às pessoas jurídicas a qualidade de sujeito passivo por essas não possuírem honra subjetiva. Ela se configura quando chega ao conhecimento da vítima. Ela pode ser chegar ao conhecimento por qualquer meio e até mesmo por meio de mensagens modernas como por exemplo, as redes sociais.

Já Fragoso (2003, p. 184) dar a entender que é necessário entender o ânimo e a vontade do autor do crime, e analisar todo o contexto. Isso é um dos desafios que o processo penal enfrenta para desvendar a causa do conflito e se houve ou não a intenção do agente para cometer o crime, sendo este último fato determinante para se encaixar o referido tipo penal.

O crime de Injúria está previsto no artigo 140 do Código Penal e tem a seguinte redação:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:



Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Um grande exemplo de injúria é quando o infrator chama uma pessoa de algo desagradável, que cause mal-estar nela e tenha agido de forma agressiva e com intenção, por exemplo, chamar uma pessoa de "estúpida", "mediocre", "débil mental" e entre outras coisas desagradáveis que cabe subjetivamente à vítima julgar se aquilo fez mal ou não.

De acordo com o art. 141 do CP, as penas aumentam nas seguintes hipóteses:

*Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:*

*I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

*II - contra funcionário público, em razão de suas funções;*

*III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.*

*IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.*

*§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.*

O crime virtual acontece quando um usuário comete delitos na internet por meio de um ou vários dispositivos móveis, seja computador, tablet, celular, notebook, entre outros dispositivos que tenham acesso a rede de computadores. E esses delitos geralmente acontecem em sites de relacionamentos, bate-papo, fóruns de discussão, mídias sociais e principalmente nas redes sociais.

Como se pode perceber nos dias atuais, as redes sociais são os locais ideais onde se praticam injúrias em massa por parte dos usuários, seja por motivos de ódio, discussão, divergências de ideias políticas, culturais, desportivas, seja por não gostar de uma figura pública que esteja representando o país, seja estrangeiro, ou seja funcionário público em razão de suas funções, com isso é preciso saber respeitar o limite do que é certo e não. E a Internet que é um lugar público, é o lugar ideal pra se qualificar o inciso III, do art. 141, do CP, devido a web ser o meio em que as informações circulam rapidamente e em questões de segundos pode se chegar a milhares de pessoas, gerando assim prejuízo maior para a vítima.

### **3 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À HONRA COM SUAS FUNDAMENTAÇÕES LEGAIS**

A liberdade de expressão é um direito defendido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948, p.6):

Artigo XIX Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

Na Constituição pátria, a liberdade de expressão é classificada como um direito fundamental e inalienável, e tem seu fundamento previsto no inciso IV, do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 5º: "IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato."

Esse direito é o fundamento da manifestação de pensamento em várias modalidades, e se respalda no exercício da cidadania e da própria Democracia. Acontece que esse direito não é absoluto e encontra limites na própria lei, principalmente em casos em que ocorre alguma divergência como o direito à honra ou a direitos da personalidade.

Com o avanço da internet, é disponibilizado inúmeras informações ou formas das pessoas se manifestarem e se relacionarem, tendo situações positivas, porém, tendo seus lados negativos como usar essa ferramenta para ferir o direito do próximo, desrespeitando assim a dignidade da pessoa humana, sendo protegida no art. 1º, inciso III, da CF.

O próprio § 2º, do artigo 5º constitucional confirma esse entendimento: "§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros

decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em defesa ao direito à honra, temos o Art. 5º, X, da CF, que diz que em caso de sua violação, será assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral à vítima.

De acordo com o Artigo 12 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Ninguém será sujeito a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais ataques. Salienta ainda o Artigo 11 do Pacto San José da Costa Rica (1969), toda pessoa tem respeito a sua honra e a dignidade.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 11, descreve que:

*Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade:*

*1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.*

*2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.*

*3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.*

Segundo o parágrafo primeiro do Artigo 220 da Constituição Federal, o direito de liberdade de expressão fica limitado quando este entra em conflito com o direito à honra.

## **4 ELEMENTOS DO TIPO PENAL E SUAS ADEQUAÇÕES**

### **4.1 Tipo Objetivo: Adequação Típica**

No tipo objetivo, a adequação típica da injúria, é ofender a dignidade ou o decoro de alguém, ter um desprezo pelo injuriado por expressões verbais ou por escrito com o intuito essencial para ofender a sua honra em seu aspecto interno. Enquanto na difamação e calúnia, há imputação de fatos, na injúria, acontece a emissão de conceitos negativos sobre a vítima, que atingem sua estima própria ou juízo positivo que cada um tem de si mesmo. Pra Injúria se encaixar, é necessário que

chegue ao conhecimento da vítima ou de outra pessoa, pois se a ofensa não chegar a lugar nenhum, não restará configurada.

Dignidade é o sentimento da própria honorabilidade ou valor social, que pode ser lesada com expressões tais como “bicha”, “ladrão”, “corno” etc. Decoro é o sentimento, a consciência da própria respeitabilidade pessoal; é a decência, a respeitabilidade que a pessoa merece e que é ferida quando, por exemplo, se chama alguém de “anta”, “imbecil”, “ignorante” etc. Dignidade e decoro abrangem os atributos morais, físicos e intelectuais. (BITENCOURT, 2012, p.864)

A injúria nem sempre decorre do sentido literal do que foi citado, é necessário contextualizá-la para encontrar seu verdadeiro sentido.

“Para aferir do cunho injurioso de uma palavra, tem-se, às vezes, de abstrair o seu verdadeiro sentido léxico, para tomá-lo na acepção postiça que assume na gíria. Assim, os vocábulos ‘cornudo’, ‘veado’, ‘trouxa’, ‘banana’, ‘almofadinha’, ‘galego’ etc.” (HUNGRIA, 1942, p.92 apud BITENCOURT, 2012, p. 865)

Cumprе ressaltar, que a lei não visa proteger excessos de suscetibilidade, grande autoestima e amor próprio exagerado. É necessário que a ofensa lese um mínimo da consideração e respeito que todos tem direito. Com isso, a injúria não deve ser confundida com grosseria, incivilidade ou falta de educação.

A injúria pode ser direta, quando a ofensa se referir ao próprio indivíduo; indireta ou reflexa, quando a ofensa a alguém, também atingir terceiros; Explícita, quando for indubitosa; ou equívocas, quando se revestir de incertezas.

A injúria simples poderá ser praticada por gestos, palavras, símbolos, figuras, entre outros. Agora se o propósito for discriminar, poderá se configurar a injúria preconceituosa, ou outra forma qualificada.

Mesmo que no crime e injúria não haja imputação de crimes como na difamação e calúnia, quando se tratar de imputação de fatos vagos, genéricos, difusos, de difícil identificação, deverá configurar-se injúria, sendo este mais abrangente que os outros dois.

É indispensável que a injúria seja dirigida a pessoa determinada, não sendo necessária a sua identificação nominal, mas que dê a entender a sua possível identificação com facilidade.

## 4.2 Tipo Subjetivo: Adequação Típica

O entendimento majoritário firma-se não apenas na doutrina nacional, mas também na doutrina europeia, e conclui-se que para haver a configuração da injúria, é necessário o *animus injuriandi*, sendo que sem está não restará configurado a conduta típica contra a honra.

Ademais, o dolo, que é a vontade livre e consciente de praticar a ação e do eventual resultado antijurídico, é insuficiente para a configuração do tipo subjetivo dos crimes contra a honra, em especial a injúria. Ter a consciência da idoneidade ofensiva da conduta, não implica querer ou ter vontade de ofender, pois aquela pode existir sem esta. Com isso, esclarece-se que essa consciência não é a da ilicitude, como sustentava a antiga doutrina que adotava a teoria psicológica, que se deslocou para a culpabilidade, como seu elemento normativo, mas sim do elemento cognitivo do dolo, que ter que ser simultâneo, ou seja, existir no momento da ação, sem o qual não se configurará crime doloso.

Então, conclui-se com isso que o elemento subjetivo do crime de injúria é o dolo de dano, ou seja, é vontade voluntária e consciente de atribuir a vítima um valor depreciativo por meio da injúria.

Mas, além do dolo, faz-se necessário o *elemento subjetivo especial do tipo*, representado pelo especial fim de injuriar, de denegrir, de macular, de atingir a honra do ofendido. Simples referência a adjetivos depreciativos, a utilização de palavras que encerram conceitos negativos, por si sós, são insuficientes para caracterizar o crime de injúria. (HUNGRIA, 1942, P.52 apud BITENCOURT, 2012, p. 868).

Com isso, a testemunha que depõe não estará cometendo injúria, a não ser que tenha a intenção de ofender. Em uma discussão, sem o elemento subjetivo, não há injúria quando as ofensas forem de incontinência verbal, ou seja, palavras exageradas, sem sentido algum, o falar por falar. Com isso, qualquer *animus* diferente do *animus offendendi* exclui o crime contra a honra, ou seja, não se configura o *animus injuriandi* nos presentes casos que houver: *animus jocandi*, que ocorre quando a pessoa faz uma piada ou quiser apenas brincar com outrem, respeitando os limites da brincadeira; *animus consulendi*, quando a pessoa dá conselhos sobre a outrem a pedido de terceiro, quando esta pedir e sem informações exageradas; ou quando houver uma grande exaltação emocional em que haja injusta indignação, e o sujeito utiliza palavras ou expressões ofensivas.

Algumas outras hipóteses de exclusão do crime de Injúria, de acordo com os incisos I ao III, do artigo 142, do CP.

Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.

Parágrafo único - Nos casos dos ns. I e III, responde pela injúria ou pela difamação quem lhe dá publicidade.

Esse artigo coloca as hipóteses de exclusão do crime de Injúria, porém se ocorrer a publicidade dos fatos conforme os incisos I e III, e em especial na Internet, onde a divulgação se dá com mais facilidade e rapidez, o agente deverá responder por injúria ou difamação, a depender do caso, com um aumento de 1/3 da pena correspondente.

Na injúria preconceituosa, o indivíduo que ofende deve ter a consciência da conduta praticada a honra de terceiros em razão de raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

## **5 OS PROCEDIMENTOS QUE A VÍTIMA DEVE TOMAR**

Os crimes virtuais ocorrem quando indivíduos praticam delitos através dos computadores ou outros dispositivos que disponibilizam acesso à Internet. A maioria dos crimes são praticados através da internet, e o meio principal utilizado é o computador ou celular.

Os crimes contra a honra são de ação penal privada, sendo processada apenas mediante a iniciativa da vítima. O MP não participa neste caso, mas sim, quando a vítima for dirigida ao Presidente da República, chefe de governo estrangeiro ou contra funcionário público no exercício de suas funções, além de casos de injúria, referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou com deficiência.

De acordo com o art. 61 da lei 9.099/95, pro caso de injúria não será instaurado um inquérito policial por esse delito ser de menor potencial ofensivo, cuja pena não ultrapassa a dois anos, o que será instaurado é um termo circunstanciado de ocorrência.

A vítima da injúria, seja pela internet, pessoalmente, ou através de terceiros, deverá coletar e preservar as evidências do crime salvando os arquivos, e-mails, fazendo print's das telas, páginas de internet onde ocorreu o delito, salvar os vídeos ou áudios, entre outros.

Se o crime for no Facebook, Twitter ou Instagram, e-mail ou outro meio de acesso na internet, a vítima deve copiar o endereço da página onde o delito ocorreu, pois o link do endereço pode auxiliar na investigação do perfil ainda que seja perfil fake, além de printar as imagens ou imprimir, e informar a data e o horário do respectivo delito para que assim possa facilitar a investigação da infração.

Se o delito ocorrer no WhatsApp, a pessoa deverá salvar as conversas, printar a imagem, salvar o vídeo ou áudio e também o número do infrator para que este possa ser localizado. Pra repetir o procedimento no parágrafo anterior, basta que a vítima baixe o WhatsApp Web no computador, tablet ou notebook.

Pra responsabilizar o autor criminalmente, a vítima deve após cumprir todos os requisitos da produção da prova, registrar um boletim de ocorrência na delegacia onde ocorreu o fato, ou se tratando de crimes na internet, em qualquer delegacia. Em alguns Estados, algumas delegacias são especializadas em crimes digitais, porém todas podem pegar a ocorrência do fato e tomar as devidas providências. Em seguida, será lavrado um termo circunstanciado e após a audiência de conciliação na própria delegacia, sendo realizada ou não, será posteriormente, o termo circunstanciado encaminhado ao Juizado Especial Criminal, onde se iniciará a ação penal, sendo necessária o comparecimento da vítima para a ação ter seguimento.

A parte poderá ainda, propor a queixa crime diretamente no JECRIM (juizados especiais criminais) da comarca onde ocorreu o fato, da maneira que, nos crimes contra a honra entre particulares, a ação penal é privada, e deve ser feita por um advogado.

Como o caso é de ação privada, deve a vítima fazer a queixa no prazo decadencial de 6 meses, de acordo com o artigo 103 do Código Penal. E o prazo se inicia a partir de quando a vítima sabe quem é o autor do crime.

Além da responsabilização criminal do autor da infração, a vítima poderá, se assim quiser, requerer uma reparação cível pelos danos causados pela injúria, como diz o artigo 953 do Código Civil, que caberá à vítima, através do Judiciário, o direito a uma indenização que será paga pelo autor.

Estes dados podem ser juntados tanto no processo civil quanto no processo criminal.

## **6 PROCESSO DE IDENTIFICAÇÃO DE PERFIS FALSOS**

Toda vez que um usuário acessa a Internet, haverá um IP (Internet Protocol) que identificará o dispositivo que ele está usando na rede mundial de computadores. Com o registro desse acesso, fica fácil localizar esse indivíduo, sendo pra isso necessário que a vítima salve o endereço da página do perfil falso, tire o print da tela ou fazer uma Ata Notarial Virtual junto ao Tabelionato de Notas do município onde estiver para preservar a prova, ou seja, prevenir-se em caso de desaparecimento do referido perfil.

Com o endereço eletrônico nas mãos, é necessário dar ciência ao site que é responsável por armazenar essas informações e solicitar o IP daquele perfil. Ao conseguir a informação do IP, deverá ser comunicado ao provedor de internet daquele endereço digital para se obter os dados de cadastro do indivíduo que estava com o perfil falso, sendo que esse provedor disponibilizará informações mínimas do usuário investigado, tais como o seu nome, CPF e endereço.

## **7 AS DEVIDAS PUNIÇÕES PARA OS INFRATORES**

Na área criminal, as penas variam dependendo da modalidade da ofensa, como o caso da Injúria Simples, prevista no artigo 140, caput, e a sua forma qualificadora prevista no § 3º, do mesmo artigo, no CP, que trata sobre a injúria preconceituosa. Como podemos ver a seguir:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:  
(Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)



Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

Já o Art. 141, do CP, tipifica os casos de aumento da pena, e traz 4 hipóteses em seus incisos, lembrando que o inciso I, a pena aumenta não somente contra o Presidente da República, mas também contra um Ministro de Estado; Já o inciso II, cita que haverá aumento se implicar em crime contra um funcionário público, em razão de suas funções; Já o inciso III é perfeitamente aplicável na injúria por meio da Internet, principalmente se for em uma rede social ou mídia social em que o criminoso fere ofensas a vítima, e a web é um meio em que a divulgação circula rapidamente pra inúmeras pessoas. Agora a injúria não se aplica no inciso IV, tendo em vista que a forma qualificadora prevista no § 3º, do art. 140 já altera a sua forma de pena, já sendo rígida.

*Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:*

*I - contra o Presidente da República, ou contra chefe de governo estrangeiro;*

*II - contra funcionário público, em razão de suas funções;*

*III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria.*

*IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou portadora de deficiência, exceto no caso de injúria.*

*§ 1º - Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa, aplica-se a pena em dobro.*

A vítima, além de representar contra o autor do fato por meio de uma ação criminal privada dependente de uma queixa crime, pode também demanda-lo na seara Civil em um processo Cível, de reparação civil de cunho indenizatório, podendo inclusive, entrar nas duas esferas de forma cumulada a depender da circunstância.

O art. 953, do Código Civil, permite que as vítimas destes crimes busquem através do judiciário, que o autor da conduta criminosa as indenize pelos danos sofridos, vejamos:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

O dano no caso de injúria pode afetar a esfera moral, psicológica, financeira ou patrimonial do indivíduo, pois um ato injurioso de forma genérica, seja na vida social ou rede social, além de atacar o indivíduo de forma interna, pode também sujar a sua reputação em relação ao modo de como outras pessoas o enxergam na sociedade, podendo inclusive, influenciar na demissão de um emprego ou a negativa em participação de um negócio, caso seja chamado de "ladrão", "corrupto", "mentiroso", "safado" ou outras coisas desagradáveis que possam manchar sua reputação.

Caso a vítima tenha dificuldade em produzir a prova para comprovar o dano material, o juiz poderá fixar o valor da indenização, de acordo com sua análise subjetiva de cada caso.

Com isso, o juiz poderá conceder em caso de injúria, indenizações por dano material ou moral, ou ambos simultaneamente que devem ser cumpridos pela parte autora do delito.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Cabe esclarecer que se o indivíduo provocou as injúrias ou se essa se consumiu através de agressões verbais recíprocas, não terá sucesso na eventual ação penal que vier propor, neste caso a pena deixará de ser aplicada na seara criminal, salvo se houver desproporcionalidade. Já na seara cível, o autor poderá ter prejuízo,

porque quem perde a ação pelo motivo de não ter o direito ou faltar provas, deve arcar com as custas processuais e honorários do advogado, caso não seja beneficiário da justiça gratuita.

Com isso, praticado o crime de injúria na sua situação genérica, verifica-se que o autor poderá responder pelo crime na seara criminal, bem como poderá responder aos danos causados ao indivíduo, além de o reparar por meio de uma indenização que será fixada em um processo judicial na seara cível.

Segundo o Art. 19 da Lei 12.965/14 (Lei de Marco Civil da Internet), o provedor de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, se após determinada ordem judicial específica, não tomar as devidas providências para no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado tornar indispensável o conteúdo como infringente. Salientando ainda o parágrafo 1º deste caput que a ordem judicial, sob pena de nulidade, deverá indicar a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização do material de forma clara.

## **8 COMPETÊNCIA PARA JULGAR**

Ao discorrer sobre a competência pra julgar a injúria virtual, se faz necessário citar sobre seu gênero, que são os crimes contra a honra no ambiente virtual. No entanto, não é um trabalho tão fácil, há lacunas legislativas em que devido aos crimes contra a honra na internet ocorrerem em lugares diferentes, não há uma legislação clara a respeito dessa situação. Devido a essa ausência de legislação, há bastante controvérsias na doutrina e na jurisprudência a respeito do tema, por exemplo, há correntes que defendem que a competência para julgar, seria do lugar onde ocorreu a infração, ou seja, o lugar onde mora o responsável pela publicação ofensiva; outras defendem que a competência seria do lugar da mensagem recebida e; por último, algumas defendem que a competência seria do lugar da sede do provedor onde a ofensa foi publicada.

De acordo com o artigo 70 do Código de Processo Penal: "Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução". Já o artigo 72, do CPP, cita que mesmo não conhecido o lugar da infração, a competência será do domicílio do réu, e este artigo não fixou o domicílio da vítima como fixação de competência. Já o artigo 73 diz que na ação penal privada, mesmo conhecido o lugar da infração, o querelante poderá optar pelo domicílio ou residência do réu. Por último, temos o art. 63 da Lei 9.099/95 que dispõe que: "Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal." Com isso, a jurisprudência dominante, inclusive tendo decisão do

STJ, conclui que a competência para se julgar os crimes contra a honra será de onde partiu o conteúdo, ou seja, do foro de onde o infrator partiu o conteúdo, tendo em vista, que os crimes contra a honra são crimes formais e se consumam a partir do momento de sua prática, independente da ocorrência do resultado naturalístico.

Já o informativo do STJ nº 0495 cita que a competência para processar e julgar os crimes de injúria praticados por meio da rede mundial de computadores, ainda que em páginas eletrônicas internacionais como as redes sociais, é da Justiça Estadual, desde que os delitos não sejam contra ou conexos com questões da Justiça Federal, previstos nos incisos IV e V, do art. 109, da CF, sendo esta a decisão do STJ.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

Quando o delito for de injúria simples, essa deverá ser julgada no Juizado Especial Criminal, agora se tiver em concurso formal ou concurso material com outro delito de crime contra a honra ou outra pena que cumulada torne a pena acima de dois anos, está deverá ser julgada na Justiça Comum, em regra, sendo a Estadual, exceto se tratar de crimes contra a esfera federal. Já a injúria racial prevista no § 3º, do art. 140, do CP, será julgada na Justiça Comum, em decorrência de sua pena máxima ultrapassar a pena de 2 anos, sendo as penas menores que essa de menor potencial ofensivo, em regra, julgadas nos juizados especiais.

## **CONCLUSÃO**

Conclui-se que independente de todos possuírem a liberdade de expor a sua opinião ou pensamento na internet, estes atributos devem estar limitados pela lei, e o delito de injúria na Internet é tipificado no próprio Código Penal, a depender do modo de como foi divulgado, se for para o público na Internet, a pena poderá ter o aumento de 1/3 da pena correspondente.

Diferentemente da difamação e calúnia, que o crime se consuma a partir do momento que terceiros tomam conhecimento do fato que atinja a vítima, na injúria,

se consuma a partir do momento em que a vítima tem o conhecimento do conteúdo injurioso, cabendo a esta, após conseguir todas as provas com os procedimentos que foram mostrados, fazer a queixa-crime contra o infrator na delegacia mais próxima ou diretamente no JECRIM, para que possa responsabilizar o autor da infração criminalmente ou na esfera cível, se assim, a vítima requerer.

A injúria simples por ser crime de menor potencial ofensivo deve ser julgada no JECRIM, agora se for praticada a Injúria simples em concurso com outro crime ultrapassando 2 anos ou se tenha injúria discriminatória, os fatos devem ser julgados na Justiça Comum Estadual, exceto se o crime atingir a esfera federal, cabendo a Justiça Federal a competência de julgar.

Pra se configurar a Injúria, é necessário analisar os elementos do tipo que é o elemento objetivo e o subjetivo, sendo o primeiro a ofensa a dignidade e o decoro de outro através de palavras ou mensagens ofensivas que atinjam a estima interna do ofendido, atingindo assim a sua honra subjetiva; eo segundo é analisado o animus do infrator, que é o dolo voluntário e consciente de causar dano a outrem, seja de forma direta ou eventual, e confirmado, resta configurado o delito de injúria.

Por fim, quanto a questão da competência, há entendimentos de alguns tribunais que devido a injúria se configurar no momento que a vítima toma conhecimento da mensagem injuriosa na internet, a competência para julgar o fato caberia ao foro do local de onde as mensagens foram recebidas, porém há um entendimento jurisprudencial do STJ determinando que esses delitos devem ser julgados de onde partiram as mensagens.

## REFERÊNCIAS

APG ADVOCACIA E CONSULTORIA. Fui vítima de calúnia, injúria ou difamação: posso processar? JusBrasil, 14 de Abril de 2020. Disponível em: <<https://alegomesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/566667152/fui-vitima-de-calunia-injuria-ou-difamacao-posso-processar>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". "Nações Unidas", 217 (III) A, 1948, Paris, art. 12º – Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm> > Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 2: parte especial, dos crimes contra a pessoa. 12a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm) Acesso em: 17 de Setembro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 25 de Outubro de 2020.

BRASIL, Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm) Acesso em: 11 de Maio de 2020.

BRASIL, Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm) Acesso em: 11 de Maio de 2020.

CÂMARA aumenta pena por ofensas nas redes sociais; entenda. Olhar Digital, 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/camara-aumenta-pena-por-ofensas-nas-redes-sociais-entenda/94041>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

CAMPELO, L.; PIRES, Pâmela de Freitas. Crimes virtuais. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72619/crimes-virtuais#:~:text=Conceitua%2D%20se%20como%20um%20crime,a%20invas%3%A3o%20de%20dados%20n%C3%A3o>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

CRIMES virtuais: o que são, como se proteger e como denunciar. Catraca Livre, 04 de Novembro de 2019. <<https://catracalivre.com.br/cidadania/crimes-virtuais/>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

CRIMES contra a honra. DireitoNet, 2002. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/resumos/exibir/107/Crimes-contra-a-honra>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

ANDRADE, Fabiano Silva de. Como encontrar o responsável pela criação de um perfil falso na Internet? JusBrasil, [2016]. Disponível em: <https://fabianompt.jusbrasil.com.br/artigos/363524994/como-encontrar-o-responsavel-pela-criacao-de-um-perfil-falso-na-internet>> Acesso: 26 de Outubro de 2020.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 16a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio. E. de. Código Penal anotado. 18a ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 497; Acrim 496.677, JtacrimSP 97:143, RT 652:259 e RJTJSP 126:564.

OLIVEIRA, Atila Cunha de. Competência para o julgamento dos crimes contra a honra praticados na internet. JusBrasil, 2016. Disponível em: < [ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Convenção Americana de Direitos Humanos \("Pacto de San José de Costa Rica"\), 1969. Disponível em: < \[PRADO, Luiz Reges. Comentários ao Código Penal: doutrina, jurisprudência selecionada, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 3a ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,que%20lhe%20confere%20o%20art.> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.</p></div><div data-bbox=\)](https://jus.com.br/artigos/53229/competencia-para-o-julgamento-de-crimes-contra-a-honra-praticados-na-internet#:~:text=CRIMES%20CONTRA%20HONRA%20PRATICADOS%20PELA,COMP ET%C3%80ANCIA.&text=70%20do%20C%C3%B3digo%20de%20Processo,o%20%C3%BAltimo%20ato%20de%20execu%C3%A7%C3%A3o%22.> Acesso em: 27 de Outubro de 2020</p></div><div data-bbox=)

SOARES, Samuel Silva Basilio. Os crimes contra a honra na perspectiva do ambiente virtual. Âmbito Jurídico: o seu portal jurídico da internet, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/os-crimes-contra-honra-na-perspectiva-do-ambiente-virtual/>> Acesso em: 27 de Outubro de 2020.

STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. Nº 136.700 - SP (2014/0274368-9). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 23/09/2015. JusBrasil. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864095823/conflito-de-competencia-cc-136700-sp-2014-0274368-9/inteiro-teor-864095833?ref=juris-tabs>> Acesso em: 27 de Outubro de 2020.

STRAZZI, Alessandra. Crimes contra a honra – diferenças entre calúnia, difamação e injúria. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://alestrazzi.jusbrasil.com.br/artigos/130177918/crimes-contra-a-honra-diferencas-entre-calunia-difamacao-e-injuria>> Acesso em: 25 de Outubro de 2020.

TORRES. Lorena Lucena. Direito à liberdade de expressão nas redes sociais: quais os limites? JusBrasil, [2019]. Disponível em:

<<https://lucenatorres.jusbrasil.com.br/artigos/696017653/direito-a-liberdade-de-expressao-nas-redes-sociais-quais-os-limites>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

VASCONCELOS, Gibran Queiroz de. Injúria Racial. Direitonet, 2008. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4187/Injuria-racial#:~:text=3.16.&text=Devido%20ao%20crime%20de%20Inj%C3%BAria,pela%20Lei%20n%C2%BA%2010.259%2F01.>> Acesso em: 27 de Outubro de 2020.

VAZ, Gabriella. Crimes contra a Honra. JusBrasil, [2017]. Disponível em: <<https://gabriellavaz.jusbrasil.com.br/artigos/339490925/crimes-contr-a-honra?ref=serp>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.

VERBORREIA. In, Dicionário online de Português. Porto, 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/verborreia/>> Acesso em: 26 de Outubro de 2020.



## **CASTRAÇÃO QUÍMICA PARA REINCIDENTES EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL: INCONSTITUCIONALIDADE E INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DO PROJETO DE LEI Nº 3.127, DE 2019**

**ARYELLA ROCHA CASTRO:**

Bacharelada no curso de Direito pelo Centro Universitário – UNINOVAFAPÍ

**RESUMO:** O presente artigo compromete-se em analisar o método da castração química como forma de tratamento para reincidentes em crime contra a liberdade sexual proposto pelo Projeto de Lei Nº 3.127, de 2019. Tem como objetivo questionar sua constitucionalidade, tomando-se como parâmetro o Princípio da Dignidade Humana, bem como os seus corolários; identificar as causas que influem no cometimento do delito de estupro; discutir a eficácia penal; e questionar sua (in)eficácia na proteção do bem jurídico tutelado. Para sanar tais questionamentos, foi utilizado o método de pesquisas bibliográficas, com base em estudos de artigos, leis, doutrinas, entre outros meios pertinentes. Quanto aos resultados, constatou-se que o método da castração não se apresentou eficaz, tendo em vista que o estupro não está relacionado exclusivamente à desejos sexuais. Nesse sentido, restou claro que aplicar a castração como forma de inibição dos desejos sexuais não vai impedir o estupro, pois há diversas formas de consumação do mesmo. Ademais, vale dizer também que o método viola a dignidade humana e que sua aplicação traz efeitos colaterais ofensivos à integridade do condenado, e até mesmo irreversíveis, deixando claro sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Castração Química. Estupro. Dignidade da Pessoa Humana. Inconstitucionalidade. Ineficácia.

**ABSTRACT:** This article undertakes to analyze the method of chemical castration as a form of treatment for repeat offenders in a crime against sexual freedom proposed by Bill No. 3,127, 2019. It aims to question its constitutionality, taking the Principle as a parameter. Human Dignity, as well as its corollaries; identify the causes that influence the commission of the crime of rape; discuss penal effectiveness; and question its (in) effectiveness in protecting the protected legal good. To address these questions, the bibliographic research method was used, based on studies of articles, laws, doctrines, among other pertinent means. As for the results, it was found that the castration method was not effective, considering that rape is not exclusively related to sexual desires. In this sense, it was clear that applying castration as a way of inhibiting sexual desires will not prevent rape, as there are several ways to consume it. In addition, it is worth saying that the method violates human dignity and that its application has side effects that are offensive to the convict's integrity, and even irreversible, making its unconstitutionality clear.

Keywords: Chemical castration. Rape. Dignity of human person. Unconstitutionality. Ineffectiveness.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2 APONTAMENTOS SOBRE A CASTRAÇÃO QUÍMICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: 2.1 ANÁLISE DO PROJETO DE LEI Nº 3.127 DE 2019; 2.2 O MÉTODO DA CASTRAÇÃO CONTRA REINCIDENTES EM CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. 3. ASPECTOS SOCIOCULTURAIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. 4. EFICÁCIA PENAL DO PROJETO DE LEI Nº 3.127 DE 2019. 5. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 3.127 DE 2019 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como princípio base de toda estrutura democrática, configurando verdadeira baliza norteadora de direitos, estando prevista expressamente no art. 1º, inciso III, da Constituição brasileira como “fundamento da República” (BRASIL, 1988). Para Silva (1998, p. 92) o princípio é visto como o “valor supremo da democracia”, demonstrado, assim, o seu caráter intrínseco com o nosso Estado de Direito. A dignidade da pessoa humana é vista, portanto, como princípio base e norteador de direitos.

Contudo, apesar do tamanho de sua importância, tem sido denegado na vida cotidiana de legiões de pessoas, especialmente dos marginalizados. Os nossos legisladores ordinários, a quem incumbe o papel de elaboração de leis penais, muitas vezes se abstém de uma produção com enfoque na Constituição da República e acabam por legislar de forma a atender a ira da população em momentos de alta demanda por mais penas, aplicando, assim, a chamada função simbólica do Direito Penal.

Conseqüentemente, devido ao grande índice de crimes contra a liberdade sexual, em 2019 foi proposto no Senado o Projeto de Lei Nº 3.127, com autoria do Senador Styvenson Valentim do Podemos (PODEM/RN), que tem por objetivo disciplinar o tratamento químico hormonal e a intervenção cirúrgica de efeitos permanentes voltados para a contenção da libido e da atividade sexual para condenados reincidentes nos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável (pedofilia).

O condenado que aceitar os termos propostos pode optar por duas vias de tratamento. O tratamento químico hormonal, que consiste no método de uso de medicamentos hormonais e tem como objetivo a redução da libido, inibindo a espermatogênese e reduzindo o volume da ejaculação, sendo seus efeitos reversíveis, ou seja, cessam logo após sua interrupção. O condenado, ao adotar esse método

usufruirá do livramento condicional da pena. Já o outro método de castração, a intervenção cirúrgica, consiste na retirada dos órgãos genitais e seus efeitos são permanentes. No mundo jurídico gera, ao condenado, a extinção da punibilidade da pena.

Sendo assim, o presente artigo tem por objeto de estudo a proposta de alteração na legislação penal contida no Projeto de Lei Nº 3.127 de 2019, que delimita novas sanções para os crimes contra a dignidade sexual, inserindo como opção ao condenado, optar pelo tratamento da castração química em suas duas modalidades, estabelecendo diálogos entre os princípios que regem a pena, bem como com aqueles contidos na nossa Carta Magna, em especial o princípio da dignidade humana, e nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A partir dessas considerações, elaborou-se os seguintes questionamentos: o Projeto de Lei nº 3.127 de 2019 é constitucional? Este não fere o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana? O Projeto de Lei nº 3.127 de 2019 teria eficácia na diminuição da violência sexual?

Considerando a temática discutida, o objetivo geral do artigo é analisar a (in)constitucionalidade Projeto de Lei nº 3.127 de 2019 frente ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como aos parâmetros estabelecidos pela lei formal. E tem como objetivos específicos identificar as causas que influem no cometimento do delito de estupro; discutir a eficácia penal, sob o viés social e retributivo; e questionar sua (in)eficácia na proteção do bem jurídico tutelado.

Diante do exposto, cumpre salientar que a escolha do tema surgiu a partir do relevante número de casos de estupros que vem repercutindo nos últimos anos no nosso país. Essa repercussão em todos os tipos de mídias sociais despertou em mim um grande interesse em estudar a mente do estuprador e analisar se os motivos que os levam à prática de tais crimes são devidos, sobretudo, a um simples desejo sexual ou, como muitos asseveram, devidos à própria cultura do estupro.

Em pesquisa jurisprudencial e legislativa sobre a atuação estatal no referido delito, encontrei um projeto de lei que objetivava a legalização da castração para reincidentes em crimes contra a liberdade sexual, e como debatedora dos nossos direitos atribuídos pela nossa Constituição da República, veio questionamentos a respeito de sua constitucionalidade e eficácia.

Deste modo, após tantas dúvidas sobre a temática, interesse no efetivo cumprimento da pena e, principalmente no respeito ao que dispõe o texto da nossa Carta Magna, concluiu-se a escolha pelo título Castração Química para Reincidentes

em Crimes Contra A Liberdade Sexual: inconstitucionalidade e ineficácia da aplicação do projeto de lei nº 3.127, de 2019.

No que diz respeito à relevância, o presente artigo propõe uma análise da pena proposta sob o aspecto humanitário e social, gerando para a sociedade um olhar crítico ao *ius puniendi* estatal, uma vez que visa uma reflexão da pena em seus dois pilares democráticos: retribuição e ressocialização.

Dessa forma, para obter os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste trabalho, será feita uma análise através de pesquisas bibliográficas, com base em estudos de artigos, leis, doutrinas, entre outros meios pertinentes. Para tanto, o artigo abordará como método a revisão sistemática, reunindo materiais semelhantes de vários autores e realizando uma análise estatística.

Isto posto, os resultados deste estudo serão apresentados em 6 itens a saber: Apontamentos sobre a Castração Química e o Princípio da Dignidade humana; Análise do Projeto de Lei Nº 3.127 De 2019; O Método da Castração Contra Reincidentes; Aspectos Socioculturais dos Crimes Contra A Liberdade Sexual; Eficácia Penal do Projeto De Lei Nº 3.127 de 2019; A (In) Constitucionalidade do Projeto De Lei Nº 3.127 De 2019.

## **2 APONTAMENTOS SOBRE A CASTRAÇÃO QUÍMICA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A dignidade figura em praticamente todas as declarações e tratados internacionais sobre direitos humanos, e está consagrada em nada menos que 157 constituições nacionais, das 202 que hoje estão em vigor (CONSTITUTE PROJECT, 2020). Embora, conforme pontua Rocha (2001), a normatização do princípio da dignidade da pessoa humana por si só não tenha o condão de assegurar o devido respeito à dignidade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 (CF) inovou ao inserir a dignidade da pessoa humana no elenco dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1.º, III), dando status de princípio fundamental e estruturante da República Federativa (BRASIL, 1988). "Isso significa que não há Estado Democrático de Direito sem respeito à dignidade do ser humano" (SILVA, 2020, p. 106). Na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), a dignidade da pessoa humana constitui:

[...] verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se

assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (BRASIL, 2005).

Para Prado (2019, p. 98), tal princípio figura “Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo”. É certo que esse princípio é o vetor de força do Estado de Direito nas diversas nações do mundo, dimensionando o nível de respeito aos direitos e garantias fundamentais de um Estado para com o seu povo.

No âmbito da pena, podemos citar a sua presença de forma objetiva com o princípio da humanidade, exigindo-se que a pena tenha racionalidade e proporcionalidade. Segundo Batista (2007, p. 100), a “[...] racionalidade da pena implica tenha ela um sentido compatível com o humano e suas cambiantes aspirações”. Assim, não deve a pena ser um fim em si mesmo, devendo o Estado refletir sempre sobre os ganhos e as perdas em sua cominação, aplicação e execução.

Barroso (2018, p.153), advoga no sentido de que o referido princípio “[...] está na origem de uma série de direitos fundamentais”, embasando a tese de que a dignidade da pessoa humana norteia toda uma complexidade de princípios e regras.

A ideia da dignidade da pessoa humana, em uma de suas vertentes, é a evolução no conceito da humanização, pressupondo que o tempo seja uma constante progressiva no campo da pena, principalmente para o Estado, que detém o *ius puniendi*. Nesse sentido, Prado (2019, p. 293) pontua que “[...] das penas de morte e corporais, passa-se, de modo progressivo, às penas privativas de liberdade e destas às penas alternativas”. Ora, nesse viés, tornar-se-ia incabível que uma sociedade tão evoluída regredisse ao ponto de punir seu infrator com uma pena corpórea. Veja-se, apesar de tentar disfarçar a crueldade da pena com o aspecto da voluntariedade, observa-se que a simples inclusão no nosso ordenamento pátrio de um tratamento cruel, fere todas as diretrizes estipuladas pelos nossos constituintes originários.

Nesse sentido, o artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), incorporado pelo ordenamento pátrio através o Decreto Legislativo número 226, de 12 de dezembro de 1991 “Ninguém será submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas” (ONU, 1966).

O direito penal rege pela máxima da *ultima ratio*, então seria justo e razoável que englobássemos essa perspectiva no âmbito da pena. Sendo assim, o legislador

ao pontuar o seu caráter retributivo deve seguir uma linha em consonância com a *ultima ratio*, devendo a sanção mais cerceadora de direitos ser aplicada em grau de máxima violação à lei penal. Como bem pontua Silva (2020, p. 104) “[...] daí a humanidade da pena ser um elemento constitutivo do próprio Direito Penal, já que sem ela este carece de racionalidade limitadora e se transforma em mera vingança pública”.

Ao adotar a castração como uma forma de sanção aos crimes contra a dignidade sexual em questão, os legisladores, além de ferir a diretriz garantidora da ordem material e restritiva da lei penal, buscam tão somente aplicar a teoria absoluta da retribuição da pena. Para os que adotam essa teoria, a retribuição da pena consiste no único efeito que deve ser visado ao aplicar a sanção, vez que não visam um fim socialmente útil. O fim da pena seria independente e sem vínculos com qualquer efeito social que possa ter. Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 204):

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento.

Atualmente, utiliza-se a pena sob o aspecto conjugado: retribuição, prevenção social e ressocialização. Dessa forma, a pena não se torna um fim em si mesmo, mas uma prevenção com foco na ressocialização. Nesse aspecto, o projeto lei, ao conceder um “prêmio” para aquele condenado que se contentar apenas com o efeito retributivo, acaba gerando uma falsa ideia de punibilidade estatal e ressocialização do indivíduo. Entretanto, ao analisarmos o contexto da carga sobreposta na pessoa do condenado, veremos que essa pena não se encerra em curto prazo, mas sim de forma perpétua, e ainda mais, seus efeitos impedem uma ressocialização humanizada e digna. É o que poderemos observar no tópico pertinente aos efeitos colaterais da castração.

## **2.1 Análise do Projeto de Lei nº 3.127 de 2019**

Trata-se de um Projeto de Lei Ordinária de número 3.127, 2019, com autoria do Senador Styvenson Valentim Mendes, pertencente ao partido PODEMOS (PODE/RN), que dispõe sobre a castração química voluntária de reincidente em crime contra a liberdade sexual (BRASIL, 2019).

O projeto de lei supracitado, dentre outras disposições, visa a legalização do método da castração química hormonal ou de intervenção cirúrgica com efeitos

permanentes, com o intuito de conter a libido e a atividade sexual de condenados reincidentes nos crimes de estupro, violação sexual mediante fraude e estupro de vulnerável, concedendo, para tal, benefícios na execução penal (BRASIL, 2019).

Em sua justificção, o autor da proposta do projeto de lei, utiliza-se do argumento de que vários países como, Estados Unidos, Canadá, Coreia do Sul, Áustria, Rússia e Dinamarca, adotaram a medida como um meio de prevenir tais crimes, visando, assim sua legitimação. Relata, ainda, tomando por base a constituição alemã, que a proporcionalidade da pena é atingida em seus três pilares: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (BRASIL, 2019).

Quanto ao critério da adequação, analisando se os meios eram apropriados aos fins pretendidos, citou o medicamento medroxiprogesterona (Depo-Provera), usado nos Estados Unidos, que atua na redução da libido, como fator preponderante na redução da reincidência dos condenados submetidos ao tratamento, concluindo que a medida atende ao referido critério. No que concerne à necessidade da medida, advogou no sentido de que não há uma alternativa sancionatória igualmente eficaz, reconhecendo, assim, que a castração atende ao pilar necessidade (BRASIL, 2019).

Quanto ao ponto da proporcionalidade em sentido estrito, analisando os efeitos da pena na pessoa do condenado e o interesse punitivo estatal, embora reconheça os efeitos degradantes da castração na saúde do apenado, advogou no sentido de que esse requisito é atendido, tendo em vista o ônus maior suportado pela vítima da agressão sexual (BRASIL, 2019).

Por fim, alega que respeitado esses três subprincípios, a medida restritiva imposta é, portanto, constitucional. Isto posto, passamos à análise dos artigos do projeto de lei em comento (BRASIL, 2019).

Em seu artigo primeiro, o legislador explicita as duas formas de tratamento, um químico hormonal e a outra de intervenção cirúrgica. Salienta-se que, ao tratar da intervenção cirúrgica, menciona-se os seus efeitos permanentes, induzindo o seu caráter perpétuo (BRASIL, 2019).

Ao tratar do artigo segundo, estabelece alguns requisitos para o tratamento químico hormonal, indicando que o agente deve ser reincidente nos crimes previstos nos arts. 213, 215 e 217-A do Código Penal. Além do mais, deixa claro que o tratamento será submetido de forma voluntária, sem prejuízo da pena aplicada (BRASIL, 2019).

No parágrafo único do artigo comentado, o legislador trata do benefício do livramento condicional imposto aos aceitantes, estabelecendo que o seu prazo não poderá ser inferior ao do tratamento (BRASIL, 2019).

A castração através da intervenção cirúrgica é disciplinada no artigo 3º, determinando que o condenado que optar por esta via de tratamento poderá, a critério do juiz, ter extinta a sua punibilidade, ou seja, o Estado se abstém de aplicar o seu poder punitivo (BRASIL, 2019).

No que concerne à duração do tratamento e sua forma, o legislador, em seu artigo 4º, deixou a cargo da Comissão Técnica de Classificação prevista na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), detalhar e estabelecer o respectivo prazo, bem como, se necessário, efetuar mudança de tratamento (BRASIL, 2019; BRASIL, 1984).

Ressalta-se que o referido projeto se encontra na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e em recente parecer, sob relatoria do Senador Angelo Coronel (PSD/BA), houve decisão favorável à aprovação do projeto, advogando pela sua constitucionalidade e eficácia (BRASIL, 2020).

## **2.2 O método da castração contra reincidentes em crimes contra a liberdade sexual**

Antes de discorrermos a respeito do método, cumpre destacar que a castração se tornou um anseio da sociedade devido ao grande índice de casos de violência sexual. Hoje, não só no Brasil, como no mundo, é cada vez mais comum vermos matérias relacionadas ao tema, ora sobre estupro coletivo, ora sobre estupro de vulnerável, ou até mesmo sobre estupro praticado no âmbito familiar, de modo a causar revolta da população, acabando por exigir dos legisladores penas mais eficazes.

Essa medida como forma de punição é adota por vários países como “Estados Unidos, Canadá, Coreia do Sul, Áustria, Rússia, Suécia e Dinamarca e está sendo hoje discutido na França” Brasil (2019, p. 3). Aqui no Brasil, o tema já tinha sido objeto de discussão, através do Projeto de Lei nº 5.398 de 2013, proposto pelo então Deputado Jair Bolsonaro, atualmente Presidente da República. Entretanto, o projeto de lei não foi apreciado devido ao encerramento da legislatura do então deputado, ocasionando, assim, o seu arquivamento (BRASIL, 2013).

Não obstante, os legisladores não descartaram o método e propuseram um novo projeto de lei, objeto de estudo do presente artigo, visando a castração como



requisito para a obtenção, pelo condenado, dos benefícios do livramento condicional e da extinção da punibilidade.

Como já explanado, o Projeto de Lei nº 3.127 de 2019 propõe duas formas de castração: a química hormonal e a de intervenção cirúrgica (BRASIL, 2019). A castração química hormonal, nas palavras de Ponteli e Sanches Jr (2010, p. 2) consiste em uma “[...] injeção de substâncias químicas visando um maior e definitivo controle dos impulsos sexuais e da libido”, objetivando evitar a continuidade delitiva através da redução do nível de testosterona no organismo. Ressalta-se que não há a remoção dos testículos e seus efeitos são reversíveis com a interrupção do tratamento, ou seja, os níveis de libido retornam-se aos anteriores ao tratamento (BRASIL, 2019).

Nos países que adotaram o método, o tratamento é a base de acetato de cyproterona (denominado comercialmente de Androcur) e acetato de medroxiprogesterona (comumente conhecido como Depo-Provera), que atuam nos organismos modificando os neurotransmissores, criando mecanismos de obstrução da libido (TRINDADE, 2010).

Quanto aos efeitos colaterais, cumpre destacar que o uso desses medicamentos traz à tona uma série de complicações. Vieira e Santos (2008, p. 19) alertam que:

[...] a aplicação do acetato de medroxiprogesterona (MPA) em homens pode deixar sequelas como a falha na irrigação do pênis e na ereção, frustrando o orgasmo, acarretando, também, perda óssea, aumento de peso, hipertensão, mal-estar, trombolismo, fadiga, hipoglicemia, ginecomastia e depressão.

Dessa forma, Ponteli e Sanches Jr (2010, p. 2) pontuam também que “[...] a lista de efeitos colaterais da Depo-Provera é extensa e pode levar o condenado à morte”. Diante disso, verifica-se que os medicamentos apresentam sérios riscos à vida do apenado, demonstrando a desproporcionalidade da medida punitiva.

Ademais, vale ressaltar que o problema do uso desse tratamento é que o condenado deverá se apresentar continuamente ao médico para tomar as injeções, pois o uso incorreto desses medicamentos pode gerar efeitos contrários ao pretendido. Dessa forma, ao invés da causar a diminuição da testosterona, os testículos poderão aumentar sua produção acima dos níveis anteriores e promover uma produção na libido ainda mais intensa que a original (BRASIL, 2019).

Destarte, é mister destacar que nesses países, o uso dessa substância reduziu expressivamente a reincidência dos condenados submetidos ao tratamento, embora não reduza por completo o desejo sexual. Contudo “[...] a única resposta que seria totalmente eficaz e irreversível seria a remoção cirúrgica dos testículos” (BRASIL, 2019, p.4).

O outro método, a intervenção cirúrgica, denominada orquiectomia, que consiste na retirada do testículo, ocasionando uma redução dos níveis de testosterona. No entanto, quanto aos seus efeitos, ressalta-se os danos psicológicos causados no homem, dado que gera um ataque brutal e deformador em seu corpo (FROTA E PEDROSA, 2017).

Diante do exposto, conclui-se que é fato que o método da castração química impede, consideravelmente, o apetite sexual, mas não significa que os pensamentos violentos e criminosos vão cessar. Portanto, pode-se dizer que esse método não seria capaz de banir o estupro, pois este crime não é causado, exclusivamente, por desejos sexuais. Dessa forma, punir o condenado com uma pena que fere princípios constitucionais e os direitos humanos, com um método claramente ineficaz, seria um tanto desastroso, a meu ver.

### **3 ASPECTOS SOCIOCULTURAIS DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL**

O número de estupros ocorridos no Brasil aumenta a cada ano, mesmo sem levar em conta as subnotificações. Para se ter uma ideia, em 2018, o 13º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) registou recorde de violência sexual, foram mais de 66.041 casos de estupro no Brasil. Destes, as mulheres representam 81,8% das vítimas, sendo que maioria (53,8) foram meninas de até 13 anos, e que 50,9% das mulheres eram negras e 48,5% brancas. Ocorreram, em média, cerca de 180 estupros por dia. Segundo o Fórum, 4 meninas de até 13 anos são estupradas por hora no país. Esse índice diz respeito aos crimes de violência sexual em geral (FSBP, 2019).

Consubstanciando os dados, verifica-se que os delitos contra a liberdade sexual, apesar de tão repudiados, são significativos e recorrentes em nossa sociedade, levando-nos, portanto, a questionar os fatos e suas motivações. Para tanto, faz-se necessário uma análise sociocultural da prática dos crimes contra a liberdade sexual, objetivando desmistificar a tese de que a pena, por si só, seria a solução mais viável para erradicação destas condutas.

Preambularmente, é mister destacar que nossa sociedade se caracteriza por ser machista e misógina, o que acaba por influenciar a afirmativa de que o estupro é algo cultural. Nessa linha de pensamento, para enfatizar o aspecto cultural, é

imprescindível a conceituação do que é cultura. Isto posto, cultura, para Chauí (2020, p.373) “[...] é a relação dos humanos com o tempo e no tempo”, ou seja, trata-se de uma análise do que é habitual nas relações estabelecidas entre humanos, bem como entre o ser humano e a natureza.

De fato, apesar do estupro não ter como vítima somente a mulher, a cultura do estupro perpassa pela análise do homem algoz e mulher vítima, bem como pelo machismo e regras de comportamento social e corporal imposta às mulheres. Com efeito, historicamente, o poder sexual se concentra na figura do homem, sendo ele influenciado, desde criança, a ter instintos de posse para com o sexo feminino.

Como se vê, o estupro não é só sobre satisfação do desejo sexual, é sobre violência de gênero e, se existe cultura do estupro, existem estupradores em potencial com ou sem o órgão sexual ativo, dado que o sexo, neste contexto, não se relaciona com satisfação da lascívia ou obtenção de prazer, mas sim como “[...] um meio pela qual a violência ocorre” (LARA *et al.*, 2016, p. 175). Dessa forma, necessita-se de uma conjugação entre o biológico e o sociocultural para que possamos ter a completa noção do crime em estudo.

Então, não basta tratar algo social como se científico fosse. Em termos, utilizar-se de sanção punitiva por meio de tratamento hormonal, abstendo-se do enfoque sociocultural é adotar a punição por mera punição, sem nenhuma objetividade quanto à minimização do estupro. Portanto, conclui-se que o projeto de lei não protege as vítimas de estupro, pois defender é combater uma cultura que oprime, inferioriza, objetifica e violenta a figura da mulher.

#### **4 EFICÁCIA PENAL DO PROJETO DE LEI Nº 3.127 DE 2019**

O crime nasce com a realização no mundo de uma conduta tipificada no plano jurídico como tal. A partir da realização do fato como crime, surge o *ius puniendi* estatal, que nas palavras de Jesus (2020, p. 49) “[...] é o direito que tem o Estado de atuar sobre os delinquentes na defesa da sociedade contra o crime”.

Como se nota, o Estado é o único detentor do direito de punir, até mesmo nas ações penais de caráter privado. Entretanto, esse poder não é absoluto, encontrando limitações no ordenamento pátrio, principalmente na Constituição da República.

Como já mencionado, a pena não é um fim em si mesmo. Não cabe ao Estado punir por simples retribuição ao caráter delitivo do agente. Inclusive, deve-se atentar, basicamente, a três finalidades da pena: a retribuição, prevenção e ressocialização. O artigo 59 do Código Penal, ao dispor sobre os fins da pena dispõe o seguinte:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1940).

Diante do exposto, depreende-se que o código penal pátrio visa que a pena deve ser um fim à reprovação e prevenção do crime, deixando de lado a conjugação do aspecto ressocializador. Afinal, o Estado que pune por punir não é democrático, mas sim absolutista. Adotando a importância do caráter ressocializador temos o artigo 10, *caput*, da Lei de Execução Penal que dispõe que "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade" (BRASIL, 1984).

Nesse diapasão, encontra-se o debate quanto à adoção da castração como sanção aos delitos contra a dignidade sexual e os fins democráticos da pena. Como fundamento para a sua eficácia, a doutrina pátria costuma apontar duas teorias como ponto de partida para as finalidades da sanção penal, a teoria absoluta e a teoria relativa.

A primeira teoria tem como aspecto fundante a retribuição estatal ao mal injusto cometido pelo agente, não se preocupando com a readaptação do criminoso. Inexiste, portanto, fins práticos na aplicação da pena, vez que visa tão somente castigá-lo. Como bem pontua Ferrajoli (1995, p. 253), *apud* Bittencourt (2020, p. 311):

A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria justificada, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*.

A segunda teoria, inaugurada com a magistral obra de Cesare Bonesanna, o Marquês de Beccaria, intitulada *Dos delitos e das penas* (1764), visa evitar a prática de novas infrações penais, adotando um caráter totalmente oposto a teoria absoluta. A pena, para os relativistas, tem sua finalidade voltada para o aspecto futuro, ou seja, é um meio de evitar futuras ações delitivas. A doutrina costuma apontar um aspecto dúplice da teoria relativa: geral e especial (NUCCI, 2019).

Para Prado (2019, p. 1242), “[...] a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios à realização de condutas delituosas”. Registra-se que tal teoria pode ser negativa ou positiva. A prevenção geral negativa correlaciona com o poder intimidativo, enquanto o seu aspecto positivo visa o império da lei, a eficiência do direito penal.

Quanto ao caráter especial, a seu turno, também pode ser analisada em seus dois aspectos. Para Jesus (2020, p. 652) “Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo”.

A prevenção especial negativa é a pena intimidatória ao autor, recolhendo-o ao cárcere. De outro modo, a prevenção especial positiva é a manifesta satisfação social do direito de punir, trazendo a proposta ressocializadora, objetivando que o apenado possa retornar ao convívio social. Trata-se da legitimação da pena, vez que “[...] a pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso” (HASSEMER, 2007, p. 104).

Isto posto, levando-se em consideração os dois métodos de castração adotados no projeto de lei, resta-nos analisar, tomando por parâmetro a pena no sentido democrático e ressocializador, se seus fins são práticos ou irrelevantes para o alcance do interesse público.

Reitera-se que os efeitos da utilização do tratamento químico hormonal para inibir os desejos sexuais do apenado são temporários, sendo possível, posteriormente, após a cessação do tratamento, a reversão da produção de testosterona aos níveis normais, conduzindo-o à reincidência. Então, a não ser que o tratamento se perpetue por toda a vida do apenado, o que é vedado pela Constituição Federal em seu artigo 5º XLVII, “b”, a sua eficácia será ilusória (BRASIL, 1988).

Quanto ao método da intervenção cirúrgica, vale dizer que de nada valerá no impedimento da prática do crime, pois como já abordado anteriormente, sua conduta se dá de diversas formas. Ou seja, embora o condenado esteja com seu órgão genital inativo, o mesmo poderá cometer o crime de diversas outras maneiras.

Além do mais, diante do contexto estrutural do estupro e dos aspectos socioculturais e biológicos, demonstra-se totalmente ineficaz o combate ao crime pelo método em estudo, pois não basta ter o enfoque na redução da libido do apenado, vez que estupro não está ligado somente à prática sexual.

Diante de tais considerações, constata-se que a utilização de tais métodos objetiva simplesmente a retribuição ao ilícito cometido pelo agente, aproximando-se das penas adotadas por Estados absolutistas e se distanciando da pena democrática, ressocializadora, que consagra uma justiça mais justa e humana.

## **5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 3.127 DE 2019**

A lei proposta, se aprovada, não deve resistir à análise da inconstitucionalidade. A violação ao texto constitucional é flagrante e se inicia no art. 1º, III da lei máxima, quando declara como direito fundamental “a dignidade da pessoa humana”, perpassando pelo seu artigo 5º, inciso III “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; inciso XLVII alíneas “b” e “e” “ não haverá penas: de caráter perpétuo e cruéis”; e inciso XLIX “ é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, bem como nos tratados internacionais de Proteção de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil (BRASIL, 1988).

A problemática constitucional se insere no âmbito de proteção aos Direitos Fundamentais, principalmente no que se refere ao direito à vida e à integridade física. Analisa-se a conduta estatal de impor, mesmo que travestida de voluntariedade, a sanção, àqueles condenados reincidentes nos crimes previstos nos arts. 213, 215 e 217-A do Código Penal, de castração química ou de intervenção cirúrgica.

A dignidade da pessoa humana é baliza mestra da análise constitucional e, quando examinada, deve ser anterior ao juízo valorativo feito por nossos legisladores, vinculando de forma absoluta sua atividade normativa, principalmente na seara penal. Como bem explica Novelino (2016, p. 252), tal princípio “[...] não é um direito concedido pelo ordenamento jurídico, mas um atributo inerente a todos os seres humanos, independentemente de sua origem, raça, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos”.

Deve-se, assim, considerar até o maior dos criminosos como pessoa humana, digna de proteção a qualquer ato de força autoritária do Estado, detentor do *ius puniendi*, contra seus direitos reconhecidos tanto no âmbito interno como externo, principalmente no que concerne aos escudos impeditivos de atos de cunho desumano ou degradante à pessoa. Assim, pode-se afirmar que “[...] se o Direito não quiser ser mera força, mero terror, se quiser obrigar a todos os cidadãos em sua

consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável” (CEREZO MIR, 2004, p. 20).

Ora, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso III, estabelece, ao limitar o direito-dever punitivo do Estado, que três comportamentos devem ser rechaçados pelo legislador: a prática da tortura, submissão a tratamento desumano e submissão a tratamento degradante. Então, fica claro que todo e qualquer comportamento atentatório à dignidade da pessoa humana estão proibidos de serem adotados pelo Brasil (BRASIL, 1988).

Observa-se, ainda, que o artigo 5º, XLVII, ao disciplinar expressamente o princípio da humanidade, veda o tratamento de penas degradantes e cruéis no nosso ordenamento jurídico. Além do mais, o artigo 5º, XLIX, faz clara referência à integridade física e moral do preso, inscrito como norma constitucional no Brasil desde 1967 (BRASIL, 1988). Nesse sentido, Moraes (2006, p. 338) explicita sobre a caracterização das penas cruéis:

[...] dentro da noção de penas cruéis deve estar compreendido o conceito de tortura ou de tratamentos desumanos ou degradantes, que são, em seu significado jurídico, noções graduadas de uma mesma escala que, em todos os seus ramos, acarretam padecimentos físicos ou psíquicos ilícitos e infligidos de modo vexatório para quem os sofre.

Quanto à voluntariedade na adoção da castração, não basta retirar o poder imperativo do Estado e adotar o termo da espontaneidade na castração, pois toda lei que viola a dignidade da pessoa humana deve ser reputada como inconstitucional. Com mais razão ao perceber que no Direito Constitucional o consentimento não serve para justificar intervenções, violações ilegítimas, do poder público frente aos seus cidadãos. A vedação contida no art. 5º, III, protege, por óbvio, o direito à vida e à integridade física, sendo estes irrenunciáveis (BRASIL, 1988).

Em sentido contrário, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que teve por relator o Senador Angelo Mário Coronel de Azevedo Martins, assim decidiu no que concerne à voluntariedade da castração química no mencionado projeto de lei:

O primeiro diz respeito à voluntariedade do tratamento. Obrigar o condenado a se submeter a um procedimento médico que apresenta uma série de efeitos colaterais (tais como impotência sexual masculina, atrofia testicular, redução da massa muscular, rarefação de pelo, dentre outros)

desnivelaria de forma expressiva a balança da proporcionalidade entre interesse público e interesse privado. O PL, por outro lado, se funda sobre a voluntariedade. Valoriza-se a autonomia da vontade e é oferecido incentivo para que o condenado decida na direção do interesse público, qual seja: livramento condicional ou extinção da punibilidade e consequente redução da probabilidade de reincidência criminosa (BRASIL, 2020, p 3).

Percebe-se, portanto, que a Comissão de Constituição e Justiça prioriza a autonomia da vontade frente ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus corolários. Um contrassenso ao que foi proposto pelo constituinte originário e uma clara minimização dos Direitos Fundamentais.

Repise-se, não cabe ao Estado, mesmo que a escolha do apenado, executar uma sanção compadecida do mínimo constitucional, sob pena de afronta ao Estado de Direito.

Conclui-se, portanto, que a castração viola o direito fundamental à dignidade da pessoa humana, à integridade física e psíquica da pessoa, resultando num tratamento desumano e cruel, vez que é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, devendo, se aprovada pelo congresso nacional, ser considerada uma lei natimorta, ou seja, inconstitucional.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa foi baseada sob uma análise democrática da pena, principalmente, no que concerne o respeito à Dignidade da Pessoa Humana e seus corolários, perpassando pela discussão sociocultural dos delitos contra a dignidade sexual, bem como da eficácia da sanção penal e se desdobrando sob os aspectos científicos do método da castração.

Diante disso, constata-se que é inoportuna a atuação legislativa que visa a castração como sanção aos crimes contra a dignidade sexual, tendo em vista tratar-se de um mecanismo de tratamento desumano e cruel, sobretudo, por conta de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, logo, uma vez aprovada a referida lei, provavelmente poderá ser declarada inconstitucional.

Com efeito, evidencia-se sua inconstitucionalidade flagrante, visto que fere princípios fundamentais, ofendendo, assim, a diretriz garantidora da ordem material e restritiva da lei penal. No que diz respeito à eficácia da pena, constatou-se que o legislador busca, com a sanção imposta, tão somente a retribuição ao ilícito cometido



pelo condenado, abstendo-se do enfoque ressocializador. Ademais, quanto ao método, tornou-se claro sua ineficiência, visto que não é algo a ser tratado somente no campo científico, mas sim em conjugação com os aspectos socioculturais.

Conclui-se, portanto, que a atuação legislativa na seara penal deve ser baseada na ordem constitucional, observando as limitações constitucionais ao direito de punir, abstendo-se de qualquer medida de clamor social, visando a maximização do Direito Penal e minimização da proporcionalidade da sanção, sob pena de clara aplicação da função simbólica da pena. Por fim, é essencial analisar o crime e seu contexto histórico, para que assim possa ser atingido o objetivo essencial do *ius puniendi* estatal: punir o seu transgressor com vistas a garantir a sua ressocialização, bem como a prevenção do delito.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal volume 1**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> acesso em: 02 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, **Código Penal**. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 31 dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> acesso em: 03 fev. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)> Acesso em: 14 maio. 2020.

BRASIL. **Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**, de 3 de março de 2020, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei (PL) nº 3.127, de 2019. Relator Senador Angelo Coronel. Senado Federal. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8071249&ts=1583269036118&disposition=inline>> Acesso em: 03 mar. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.127**, de 27 de maio de 2019. Dispõe sobre a Castração Química Voluntária de Reincidente em Crime Contra a Liberdade Sexual. Senado Federal. Autor

Senador Styvenson Valentim. Brasília, DF 2019. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7957854&ts=1583269036057&disposition=inline>> Acesso em: 09 fev. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.398**, de 17 de abril 2013. Aumenta a pena para os crimes de estupro e estupro de vulnerável, exige que o condenado por esses crimes conclua tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime. Câmara dos Deputados. Autor Deputado Jair Bolsonaro. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1078354&filename=PL+5398/2013](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1078354&filename=PL+5398/2013)>. Acesso em: 17 de fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 85.237/DF**, de 17 de março de 2005. relatado pelo Min. Celso de Mello, j. Brasília, DF, 2005. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79796>> Acesso em: 31 maio. 2020.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal español I**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

CONSTITUTE PROJECT. Disponível em:

<[https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=dignity&status=in\\_force&status=is\\_draft](https://www.constituteproject.org/search?lang=en&key=dignity&status=in_force&status=is_draft)> Acesso em: 19 maio. 2020.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FORÚM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBPS). **13º Anuário** de 21 de outubro de 2019. São Paulo, 2019. Disponível em: <[http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL\\_21.10.19.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf)> Acesso em: 10 maio de 2020.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 104.

JESUS, Damásio de. **Direito penal vol. 1**. 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LARA, Bruna de; RANGEL, Bruna; MOURA, Gabriela; BARIONI, Paola; MALAQUIAS, Thayssa. **#Meuamigosecreto – Feminismo Além Das Redes** - Coletivo Não Me Kahlo. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDA. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos** de 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>> Acesso em: 07 abr. 2020.

PONTELI, N. N., & SANCHES JR, C. A. Notas para Uma Análise Sociológica da Castração Química. **Revista LEVS** (Laboratório de Estudos da Violência Social), Marília, UNESP. Edição 5, 2010. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/levs/article/view/1111>> acesso em: 09 abr. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, 2001. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>> acesso em: 28 maio. 2020.

SILVA, Igor Luis Pereira e. **Princípios penais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, J. A. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, abril/junho, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>> acesso em: 02 maio. 2020.

TRINDADE, J., & Breier, R. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; SANTOS, Thiago Borba Calixto dos. Castração química: alternativa para os crimes contra a liberdade sexual? **Revista Jurídica Consulex**, ano XII, n. 272, 15 maio. 2008.

## **RELAÇÃO HOMOAFETIVA E A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS ENTRE MULHERES**

**EDITH EVEN DA FÉ BATISTA COELHO:**

Acadêmico de Direito pelo FAMETRO - CENTRO UNIVERSITÁRIO

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

**RESUMO:** O presente artigo pretende abordar a respeito de uma possível interpretação extensiva da norma, de maneira que fosse possível a sua aplicação no âmbito de relações homoafetivas entre mulheres. Uma vez que existe o princípio constitucional da isonomia e o sujeito passivo do gênero feminino, não há que se falar em uma possível não aplicação da norma, uma vez que o sujeito passivo necessário se encontra presente no cometimento do delito. Além disso, inexistente limitação legal expressa a respeito da possibilidade de o agressor ser, necessariamente, do sexo masculino, uma vez que o legislador deixou essa abertura para interpretação legal. Também existem jurisprudências nesse mesmo sentido, que serão abordadas em momento oportuno durante o decorrer deste trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal; Relações Homoafetivas; Aplicação da Lei

**ABSTRACT:** The present article intends to approach about a possible extensive interpretation of the norm, in a way that its application in the scope of homoaffective relationships between women was possible. Since there is the constitutional principle of isonomy and the female passive subject, there is no need to talk about a possible non-application of the norm, since the necessary passive subject is present in the commission of the crime. In addition, there is no express legal limitation regarding the possibility that the aggressor is necessarily male, since the legislator left this opening for legal interpretation. There are also jurisprudences in the same direction, which will be addressed in due course during the course of this work.

**KEYWORDS:** Criminal Law. Homoaffective Relationships. Law Enforcement.

**SÚMARIO:** 1. Introdução 2. Lei Maria da penha e seus aspectos. 2.1. Origem e história da lei Maria da penha. 2.2 conceitos e tipos de violência doméstica e familiar. 2.3. Sujeito ativo e passivo. 3. Princípios que regem as relações homoafetivas perante a lei Maria da penha. 3.1 princípio da isonomia e suas vertentes. 3.2. Princípio da

dignidade da pessoa humana 3.3. Princípio da liberdade e a liberdade sexual.  
4.Conclusão. 5.Referências.

## **1.INTRODUÇÃO**

No cenário atual, as relações homoafetivas vêm ganhando espaço, tendo o reconhecimento na sociedade pelas pessoas em geral, independentemente de fatos como intolerância ao olhar dos mais antigos ou pelo caráter “abominável” para religião.

As fontes do direito, tais como a legislação brasileira, a jurisprudência e a doutrina, já vinham admitindo a união homoafetiva, tendo como principais fundamentos o dever constitucional da construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/1988). Assim, evidencia-se a necessidade de instituir um estado de igualdade entre união de pessoas do mesmo sexo em face das lides patrimoniais em comparação às uniões heteronormativas, com o objetivo de evitar discriminações de natureza sexual, conforme verificamos anteriormente.

A respeito do reconhecimento da aplicabilidade da lei Maria da penha, ainda existem algumas divergências jurisprudências e entre doutrinadores. Por esse motivo, os questionamentos a respeito de sua aplicabilidade em situações que a vítima se encontra em uma relação homoafetiva serão problematizados no presente artigo. Para tentar resolver essa controvérsia, serão utilizadas as mais variadas fontes do direito, mas especialmente a doutrina e a jurisprudência.

Nesse sentido, espera-se que a contribuição módica dessa pesquisa seja levar dados bibliográficos para eventuais novos trabalhos, além de contribuir para o acesso à informação e ao entendimento de toda a coletividade a respeito de seus direitos, em especial as mulheres que estejam vivendo uma situação de vulnerabilidade social em decorrência de violência doméstica em uma relação homoafetiva.

## **2.LEI MARIA DA PENHA E SEUS ASPECTOS**

O presente tópico pretende abordar a respeito da lei n. 11.340/2006, explicando a respeito de como se deu a sua origem, os conceitos e tipos de violência doméstica e familiar, além de verificar quem poderia ser sujeito passivo da lei e quem poderia ser sujeito ativo de acordo com as fontes do direito: doutrina, jurisprudência e lei.

Inicialmente, pretende-se trazer a história de quem é Maria da Penha Maia Fernandes, qual o papel de sua história para a edição da lei que leva o seu nome e quais os impactos da sua ação para a coletividade após o recebimento de denúncia pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e recomendações dadas pela Comissão, que contribuíram – e muito – para o debate legislativo iniciado em razão da exposição nacional e internacional do caso. Após isso, discutiremos a respeito do conceito e dos tipos de violência doméstica e familiar existentes, dando ênfase a aquelas abarcadas pela Lei Maria da Penha.

Ao fim do tópico, discorreremos a respeito do sujeito ativo e o sujeito passivo da lei, verificando de que maneira o Direito aplica a lei para os diferentes casos em que a violência ocorre ou pode ocorrer, uma vez que existem diferentes tipos de famílias e hoje a formação de casais e famílias homoafetivas não se trata mais de uma realidade distante.

## **2.1 Origem e história da Lei Maria da Penha**

Maria da Penha Maia Fernandes é, hoje, uma ativista brasileira dos direitos feministas. Por conta de sua história de vida, luta e superação, houve a criação de uma lei – que é conhecida amplamente pelo seu nome, Maria da Penha – para que mulheres com casos como o seu pudessem ter a certeza de ter seus agressores sendo punidos.

Conhecer mais a respeito de sua história pode auxiliar a entender e interpretar a lei, para a sua correta aplicação. E, por esse motivo, esse tópico se dedicará inicialmente a uma sucinta abordagem do ocorrido, com base na exposição de motivos contida no Relatório 54/01, Caso 12.051, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo o relatório 54/01, Maria da Penha foi vítima de uma tentativa de homicídio de seu marido, Marco Antônio Heredia Viveiros. Ele disparou um revólver contra ela enquanto dormia, que foi fruto de uma série de agressões anteriores contra Maria da Penha durante o seu casamento. Por conta disso, Maria da Penha ficou paraplégica:

De acordo com a denúncia, em 29 de maio de 1983, a Senhora Maria da Penha Maia Fernandes, de profissão farmacêutica, foi vítima, em seu domicílio em Fortaleza, Estado do Ceará, de tentativa de homicídio por parte de seu então esposo, Senhor Marco Antônio Heredia Viveiros, de profissão economista, que disparou contra ela um revólver enquanto ela dormia, ato que culminou uma série de agressões sofridas durante sua vida

matrimonial. Em decorrência dessa agressão, a Senhora Fernandes sofreu várias lesões e teve de ser submetida a inúmeras operações cirúrgicas. Em consequência da agressão de seu esposo, ela sofre de paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos.

Havia medo por parte de Maria de Penha em separar-se, uma vez que seu marido era violento contra ela e suas três filhas durante todo o tempo que durou o seu casamento, tornando a relação insuportável e de convivência muito difícil:

Os petiçãoários indicam que o temperamento do Senhor Heredia Viveiros era agressivo e violento e que ele agredia sua esposa e suas filhas durante o tempo que durou sua relação matrimonial, situação que, segundo a vítima, chegou a ser insuportável, pois não se atrevia, por temor, a tomar a iniciativa de separar-se.

O interessante deste trecho do relatório é que esse temor de colocar um “ponto final” na relação é sentido não apenas por Maria da Penha, mas também por muitas mulheres que sofrem violência doméstica. Segundo Yamamoto, Ribeiro e Colares (2020):

A violência contra as mulheres – em especial a violência doméstica – acontece porque em nossa cultura muita gente ainda acha que os homens são superiores às mulheres, ou que eles podem mandar na vida e nos desejos das mulheres, e que a única maneira de resolver um conflito é apelar para a violência. **É comum os homens serem valorizados pela força e agressividade e muitos maridos, namorados, pais, irmãos, chefes e outros homens acham que têm o direito de impor suas opiniões e vontades às mulheres e, se contrariados, partem para a agressão verbal e física.** (grifo nosso)

E as agressões de Maria da Penha não cessaram com a tentativa de homicídio. Houve, ainda, uma segunda tentativa de homicídio, após o início de sua recuperação, conforme nos traz o Relatório 54/01, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Sustenta ela que o esposo procurou encobrir a agressão alegando ter havido uma tentativa de roubo e agressão por parte de ladrões que teriam fugido. Duas semanas depois de a Senhora Fernandes regressar do hospital, e estando ela em

recuperação, pela agressão homicida de 29 de maio de 1983, **sofreu um segundo atentado contra sua vida por parte do Senhor Heredia Viveiros, que teria procurado electrocutá-la enquanto se banhava.** Nesse ponto, decidi separar-se dele judicialmente (grifo nosso)

Segundo o que consta o Relatório 54/01, o crime foi premeditado. O agressor de Maria da Penha possuía uma vida pregressa que não era conhecida por sua esposa; entre as revelações, estão que seu agressor tinha um passado de delitos, era bígamo, tinha um filho na Colômbia e queria se desfazer de bens de Maria da Penha dias antes da agressão, além de tentar fazer com que ela fizesse um seguro de vida em seu favor:

Asseguram que o Senhor Heredia Viveiros agiu premeditadamente, pois semanas antes da agressão tentou convencer a esposa de fazer um seguro de vida a favor dele e, cinco dias antes de agredi-la, procurou obrigá-la a assinar um documento de venda do carro, de propriedade dela, sem que constasse do documento o nome do comprador. Indicam que a Senhora Fernandes posteriormente se inteirou de que o Senhor Viveiros tinha um passado de delitos, era bígamo e tinha um filho na Colômbia, dados que não revelara à esposa.

A partir destes relatos, podemos depreender que a violência contra a mulher, em especial a cometida em casos como o de Maria da Penha, podem causar impactos negativos em sua saúde física e mental para o resto de suas vidas.

Nesse sentido, originou-se um debate legislativo intenso a respeito de maneiras que o Estado poderia coibir essas práticas, surgindo a partir deste debate a lei n. 11.340/2006, mais popularmente conhecida como Maria da Penha, que assume o papel justamente de um mecanismo estatal de prevenção e repressão da violência no âmbito doméstico contra as mulheres.

É importante citarmos que a lei não traz apenas dispositivos legais referentes a lei penal, como único mecanismo de defesa da mulher.

Também existem outros tipos de ferramentas, tais como as medidas protetivas, que se demonstram muitas vezes eficazes nos casos em que elas são necessárias, ou seja, quando a mulher acaba de sofrer algum tipo de agressão e torna-se necessário afastá-la de seu agressor ou agressores.

## **2.2 Conceito e tipos de violência doméstica e familiar**



A lei n. 11.340/2006, mais conhecida como lei Maria da Penha, traz cinco tipos de violência contra a mulher, que podem ser cometidas em âmbito doméstico por sua família ou por seu companheiro.

São eles: a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. Abordaremos melhor a respeito desses aspectos individualmente.

A violência física pode ser compreendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher[1]. Esta definição é a trazida por lei.

Já a violência psicológica é entendida como condutas danosas que podem ir desde a diminuição da autoestima até atos que visem controlar ações, comportamentos, crenças ou decisões mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, entre outros:

Qualquer conduta que lhe cause danos 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[2]

A falta de conhecimento a respeito destes aspectos legais faz com que inúmeras mulheres sofram atos de violência psicológica em seu dia a dia, desde a repressão de seus pais, irmãos e outros eventuais parceiros utilizando-se dos instrumentos aos quais a lei se refere.

Dessa maneira, podemos depreender que a lei Maria da Penha deu especial importância ao psicológico das mulheres, com a proteção contra atos que podem lhe prejudicar a curto e longo prazo, potenciais gatilhos de transtornos mentais, como a depressão, ansiedade e transtorno de estresse pós traumático, por exemplo.

A violência sexual é uma conduta danosa a integridade sexual da mulher. Segundo a lei, a violência sexual iria desde presenciar, participar ou manter relação sexual não desejada, utilizando os meios os quais a lei se refere:

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[3]

A violência patrimonial, por sua vez, seria “qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”[4].

Por último, mas não menos importante, a violência moral seria “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria[5]”. Dessa maneira, o legislador buscou proteger a mulher inclusive de ofensas que a ofendam ainda que apenas em campo moral.

### **2.3 Sujeito ativo e passivo**

Ao longo da lei Maria da Penha, temos duas figuras: a do agressor, que seria o sujeito ativo, e a da agredida, que seria o sujeito passivo.

O sujeito passivo é, necessariamente, ligado ao gênero feminino. Já o sujeito ativo é aquele que comete o crime contra a mulher. A lei Maria da Penha não impõe barreira de fim sexual para a lei, restringindo-se apenas aos casais heteros.

Muito pelo contrário: a lei Maria da Penha tem expressa previsão legal, no âmbito do artigo 5º, parágrafo único, que elucida que não há restrição de orientação sexual para a configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Não poderia ser diferente, uma vez que entre os objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, estão o dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que promoverá o bem de todos, sem preconceitos – inclusive os oriundos a orientação sexual dos indivíduos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, caso houvesse restrições no sentido de que os casais em uniões homoafetivas não poderiam acionar a lei Maria da Penha em caso de necessidade, tal restrição referente unicamente ao tipo desta união poderia ser compreendido como inconstitucional.

A jurisprudência tem entendido que é possível a aplicação da lei Maria da Penha em casos de agressões entre mulheres no âmbito das relações homoafetivas, desde que essa violência tenha sido praticada no contexto de violência doméstica, tal como ocorre nas relações heterossexuais.

O julgado que se segue é oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), falando justamente a respeito desta interpretação extensiva:

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. AMEAÇA. INJÚRIA. FATOS PRATICADOS POR COMPANHEIRA. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. VIOLÊNCIA BASEADA NO GÊNERO. VULNERABILIDADE DA VÍTIMA. CONTEXTO DE DOMÉSTICO E FAMILIAR DE CONVIVÊNCIA CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.** Caracteriza-se o contexto de relação doméstica e familiar de convivência para fins da proteção especial da Lei nº 11.340/2006, quando os fatos ocorrem no âmbito de uma relação de afeto existente entre mulheres, na qual está presente situação de vulnerabilidade ou subordinação proveniente do gênero. Compete ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher processar e julgar requerimento de medidas protetivas de urgência e o respectivo inquérito policial e incidentes relacionados aos fatos caracterizadores de qualquer das formas de violência de gênero previstas na Lei Maria da Penha. Recurso em sentido estrito conhecido e provido. (Acórdão n. 983259, Relator Designado Des. SOUZA E ÁVILA, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 24/11/2016, publicado no DJe: 29/11/2016.)

Ao realizar pesquisa mais aprofundada nos bancos de dados do TJDF, é possível encontrar mais precedentes nesse mesmo sentido, sempre salientando que a aplicação da referida lei se verifica que esta é aplicável no intuito da preservação da integridade da vítima mulher:

**CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.**

1. Havendo violência doméstica em um contexto de relação homoafetiva, presume-se aplicável a Lei Maria da Penha, com o intuito de preservar a integridade da vítima mulher, não podendo ser afastada de plano a legislação especializada por força dos art. 2º e 5º, parágrafo único, da Lei 11.340/2014.
2. Conflito conhecido, para declarar competente o juízo suscitado, no caso o Juízo do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Sobradinho-DF.

### **3. PRINCIPIOS JURIDICOS QUE REGEM AS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS PERANTE A LEI MARIA DA PENHA**

Como vimos, o Direito Constitucional veda quaisquer discriminações, sendo evitar a discriminação ao máximo um dos mais importantes fundamentos da República Federativa do Brasil. No presente caso, as disposições relativas à lei Maria da Penha devem seguir certos princípios constitucionais que deixam claras as possibilidades de aplicação da lei nos casos de uniões homoafetivas.

#### **3.1 Princípio da isonomia e suas vertentes**

O princípio da isonomia, também conseguido como princípio da igualdade, é um dos mais importantes princípios do direito brasileiro, consagrado no caput do artigo 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Inicialmente, o que se pode ver é a igualdade jurídica entre todos, independentemente de qualquer condição, como a orientação sexual, credo, gênero, ou cor dos indivíduos.

Nesse sentido, Batalha (2020) entende que o princípio da igualdade inadmite privilégios ou outros tipos de distinções, o que

O princípio da igualdade é o princípio dos princípios, uma vez que veda qualquer forma de discriminação e inadmite privilégios. Assim, a igualdade implica no tratamento igualitário de todos os indivíduos, quer sejam hetero ou homossexuais, dando a cada um o que é seu de direito, resguardadas as desigualdades e peculiaridades de cada um. Com esta afirmação não se pretende dizer que hetero e homossexuais são iguais à acepção literal da palavra, pois é obvio que não são. O que se quer afirmar com o princípio de isonomia é que todos os indivíduos, como seres humanos que são, têm o direito de se unir com quem desejar, não importando a sua orientação sexual. Ou, por outras palavras, homossexuais possuem o mesmo direito que os heterossexuais possuem terem sua orientação sexual respeitada e seus direitos constitucionais assegurados. Sendo assim, revela-se que pouco vale afirmar a igualdade de todos perante a lei, dizer que homens e mulheres são iguais, que não são admitidos

preconceitos ou qualquer forma de discriminação. De nada adianta assegurar respeito à liberdade e à dignidade humana. Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito

### **3.2 Princípio da Dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos mais importantes princípios que devem ser garantidos as vítimas dos crimes, quaisquer que sejam estes, em especial no caso da Maria da Penha.

Dar dignidade a estas vítimas é torná-las também sujeitos de direito daquela relação jurídica, sujeitos de direitos esses que podem resolver seus problemas com a ajuda do Estado não tão somente com os mecanismos relativos ao de prisão dos agentes, mas também com outras medidas da lei Maria da Penha, como as medidas preventivas, por exemplo.

Nesse sentido, Magalhães (2009) tem uma posição crítica sobre o posicionamento estatal unicamente de impor algumas medidas à vítima e seu companheiro ou companheira e entende que a reparação poderia se dar de outras maneiras também, além das exclusivamente em cunho de prisão do envolvido na violência doméstica ou familiar:

Deixar nas mãos da mulher o poder de deflagração da ação penal acarreta duas conseqüências importantes: a primeira, a da possibilidade de negociação com o agressor da reparação desejada (não necessariamente econômica), o que pode ocorrer, inclusive, por instâncias não formais; e a segunda, a de transformar a mulher em sujeito de direitos, que decide sua própria vida, pactua ou repactua com o agressor (independente dos estereótipos que o sistema queira lhe empregar ao não decidir pela utilização da intervenção estatal). Somente assim a mulher é capaz de despir-se do seu papel social de vítima, que deve ser, mesmo contra a sua vontade, tutelada pelo Estado, para tornar-se agente na construção de sua história. A mulher, mais que ninguém, sabe que na relação conflituosa com seu companheiro, o papel de vítima, quando ele é simplesmente aceito, sem qualquer contestação, acaba gerando uma maior

submissão e, conseqüentemente, maior violência, pela passividade e resignação com que aceita a imposição machista.

Assim, cabe trabalharmos mais a respeito das medidas protetivas, que encontram fundamento dentro da lei Maria da Penha. As medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor são as dispostas no art. 22 da lei 11.3460/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art.

6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)

As medidas protetivas de urgência também são destinadas as vítimas, e nesse caso, elas estão dispostas no artigo 23 da Lei Maria da Penha, que tem a seguinte redação:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos.

Nesse sentido, entendemos que a utilização de medidas protetivas de urgência, tanto as que obrigam o agressor quanto as que protegem as vítimas, são essenciais para assegurar a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana.

### **3.3 Princípio da liberdade e a liberdade sexual**

O princípio da liberdade é consagrado na Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, caput: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes"



O ideal do princípio constitucional da liberdade é muito bonito, uma vez que a ideia do legislador é a criação de um Estado onde não existem discriminações, sendo que a todos seriam assegurados os direitos a vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, desde que seguidos os termos legais.

O que se verifica, no entanto, é que algumas pessoas são mais livres do que outras, ou seja, que algumas pessoas conseguem usufruir mais do seu direito de liberdade, provocando, inclusive, abuso de direitos.

Isso porque algumas pessoas utilizam o princípio da liberdade para oprimir outras pessoas, como ocorre com o caso da população heterossexual que, a pretexto de liberdade de expressão, tem atitudes homofóbicas com os casais homossexuais – ou, mesmo, com pessoas homossexuais, com a justificativa de que “dão pinta demais”.

Mesmo com o princípio da liberdade, a Constituição Federal de 1988 não trabalhou, exatamente, a questão dos Direitos Sexuais. Segundo Mattar (2008), mesmo em relação a discussão de direitos humanos, a discussão a respeito dos direitos sexuais são relativamente recentes, que tiveram maior relevância a partir de 1980, a partir da epidemia do HIV:

Os direitos sexuais, por sua vez, começaram a ser discutidos no final da década de 80, com a epidemia do HIV/Aids, principalmente dentro do movimento gay e lésbico, a quem se juntou parte do movimento feminista. Segundo Sonia Corrêa e Maria Betânia Ávila, o termo "direitos sexuais" foi introduzido como estratégia de barganha na CIPD, em 1994, para que os direitos reprodutivos fossem garantidos no texto final da Declaração e Programa de Ação do Cairo - a inclusão do termo "sexual" radicalizava a linguagem de forma que ao conceder sua retirada negociava-se a manutenção de "direitos reprodutivos". Com isso, o termo 'direitos sexuais' não aparece no documento final do Programa de Ação de Cairo.

Entretanto, a discussão sobre tais direitos foi retomada na IV Conferência Mundial sobre a Mulher. Consoante previsto no parágrafo 96 da Declaração e Plataforma de Ação de Pequim:

Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência.

Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas conseqüências.

Muita desinformação foi disseminada durante esta epidemia, sendo a doença AIDS colocada como uma condição inerente a homossexualidade. Assim, muitas violações de direitos e muita segregação foi feita, mesmo até os dias de hoje. Nesse sentido, é importante assegurar o direito a liberdade e a liberdade sexual, sendo a interpretação extensiva da aplicação da Lei Maria da Penha uma oportunidade para que se evidencie esse respeito a orientação sexual de cada um.

#### **4. CONCLUSÃO**

Como vimos anteriormente, a aplicação da lei, qualquer que ela seja, deve ser pautada por princípios constitucionais, que entre eles são a igualdade (ou isonomia), a dignidade da pessoa humana e, que, no caso específico do nosso artigo, acabam também respeitando o direito a liberdade de orientação sexual.

Por conseguinte, a aplicação da lei – e, portanto, a sua interpretação – também deve ser isonômica a todos, independentemente de orientação sexual, uma vez que isso não interfere no sentido da lei, apenas a estende em sua aplicabilidade para todos e todas que dela precisam.

Nesse sentido, torna-se plausível a interpretação extensiva da aplicação da lei Maria da Penha a casais homoafetivos, uma vez que, tendo a interpretação pautada em princípios constitucionais, não existe obstáculo a esta aplicação, tampouco a lei sairia de seu sentido originário. Os tribunais já vêm entendendo como aplicável esta interpretação, uma vez que inexistem óbices legais a esta aplicação e interpretação legal. Mesmo que a Constituição Federal de 1988 não tenha trabalhado de maneira explícita a liberdade sexual dos indivíduos, tornando explícito que certos tipos de lei também são aplicadas a casais homoafetivos, o princípio da isonomia, por si só, já traz em seu escopo legal esta ideia, com o objetivo de levar direitos e obrigações a todos, independentemente de quaisquer situações que poderiam gerar discriminação.

#### **5.REFERÊNCIAS**

BATALHA, G F O M. **Homossexualidade e a difícil efetivação dos princípios constitucionais e dos direitos humanos sob uma perspectiva de**

**gênero** Disponível

em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5d188b044333b4c6#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20aos%20direitos%20humanos,como%20meio%20de%20reprimir%20injusti%C3%A7as.&text=Ou%2C%20por%20outras%20palavras%2C%20homossexuais,seus%20diretos%20constitucionais%20assegurados%20direitos>

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

COELHO, R P; LIMA, R R. **A Contribuição da Lei 11.340/06 (Lei Maria Da Pena) Para o Combate da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**, 2006. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/renat\\_a\\_pinto\\_coelho.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/renat_a_pinto_coelho.pdf) Acesso em: 20 maio. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 54/01.** Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>

DIAS, M B. **A lei Maria da Pena na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, M B. **Manual de Direito das Famílias.** 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

FUKS, R. **Resumo da biografia de Maria da Pena.** Disponível em: [https://www.ebiografia.com/maria\\_da\\_penha/](https://www.ebiografia.com/maria_da_penha/)

LAURIA, T. **É possível aplicar a Lei Maria da Pena a Lésbicas, Travestis e transexuais?** Disponível em: [http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=59](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=59). Acesso em: 19 maio. 2020.

MAGALHÃES, R V. **Lei Maria da Pena garante a dignidade humana.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jan-19/lei-maria-penha-garante-principio-dignidade-humana>

MATTAR, L D. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais - uma análise comparativa com os direitos reprodutivos.** Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452008000100004](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004)

RIOS, R R. **Para um direito democrático da sexualidade.** Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200004&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200004&script=sci_arttext)

SILVA, J A. **Direito de igualdade.** In: SILVA, José Afonso Da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Cap. 3, p. 04.

TJDFT. **É possível a aplicação da Lei Maria da Penha no âmbito de relação homoafetiva entre mulheres, desde que a violência tenha sido praticada em contexto de relação doméstica, familiar ou de afetividade e que haja situação de vulnerabilidade ou de subordinação.** Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/lei-maria-da-penha-na-visao-do-tjdft/sujeitos-e-requisitos/sujeitos/relacoes-homoafetivas>

TJDFT. **Pesquisa Documento Jurídico.** Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAO\\_TODAS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1002328](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1002328)

YAMAMOTO, A; RIBEIRO, A C V; COLARES, E S. **Entenda a Lei Maria da Penha.** Disponível em: [http://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos\\_restritos/files/migrados/File/divulgacao/Guia-Lei-Maria-da-Penha.pdf](http://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/divulgacao/Guia-Lei-Maria-da-Penha.pdf)

NOTAS:

[1] Art 7º, I, Lei 11.340/2006

[2] Art. 7º, II, Lei n. 11340/2006

[3] Art. 7º, III, Lei n. 11340/2006

[4] Art. 7º, IV, Lei n. 11340/2006

[5] Art. 7º, V, Lei n. 11340/2006



## RESPONSABILIDADE CIVIL NA INFIDELIDADE CONJUGAL

**RENATO NASCIMENTO LESSA:** Advogado OAB BA nº 40.539. Área de atuação: Cível e Consumidor. Graduado pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera/LFG, coordenação do professor Fredie Didier. Aprovado e empossado nas funções de conciliador e juiz leigo, tendo exercido tais atividades entre 2015 e 2017. Telefone: (71) 992838762 (wapp)

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A concepção do direito das famílias: a pluralidade das entidades familiares e reflexos no dever de fidelidade recíproca. 3. A manifestação de vontade – e não o desafeto – como causa ensejadora do ato de infidelidade conjugal. 4. A honra como especial direito da personalidade. 5. As possíveis formas de cometimento do ato de infidelidade conjugal Adultério x Traição. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

### 1.Introdução

Os aspectos introdutórios de qualquer labor científico, talvez, seja algo de grande dificuldade de confecção, devido às finalidades inerentes de todo e qualquer introito de algum trabalho. Prescrever os principais pontos de um trabalho, com intuito de instigar o leitor a aprofundar-se dentro do mesmo, é o grande objetivo de uma introdução, razão que qualifica, como complexo, este mister científico.

Evidentemente, que a temática a ser confeccionada facilita a introdução, e é justamente o que ocorre neste trabalho. A teoria da responsabilidade civil, por si só, é capaz de estimular nossa leitura, pois tem como característica a possibilidade de regular qualquer conflito levado a juízo. Não obstante, o objetivo deste trabalho é inserir a mesma teoria dentro da seara das relações familiares, que, sem receios da afirmativa, é um âmbito social de extrema relevância para a dignidade de todo e qualquer cidadão.

Dentro das relações familiares, questionamento de enorme relevância é a cerca da infidelidade conjugal, que é uma realidade na sociedade brasileira, pairando dúvidas sobre a real possibilidade do cônjuge ou companheiro infiel ser condenado a indenizar a vítima. É neste ponto que serão gastos linhas de tinta para esclarecer como aplicaremos a teoria da responsabilidade civil nos casos de infidelidade conjugal.

Primeiramente, com escopo de colocar o leitor na concepção moderna a cerca dos principais conceitos dos institutos familiaristas, evidenciaremos o novo

paradigma do Direito das Famílias inserido na Carta Magna, calcado no afeto e no caráter instrumental, a fim de buscar a dignidade da pessoa humana de seus membros.

A posteriori, algumas opiniões doutrinárias serão trazidas a baila com escopo de melhor entender o tema. Posições como a inaplicabilidade da responsabilização civil na infidelidade conjugal, pois este é regido pelas relações afetivas, razão que não há como indenizar alguém pela falta de afeto, este, como sendo, o critério definidor de qualquer entidade familiar. A contrario sensu, há aqueles que defendem a responsabilização do consorte infiel caso a vítima dissolva a relação conjugal, sob pena de caracterizar venire contra factum proprium ou perdão tácito.

Seguindo em frente, algumas pontuações serão necessárias a cerca dos direitos da personalidade, em especificamente, o direito a honra, que é o principal direito personalíssimo da vítima violado na pratica de infidelidade conjugal. Será também abordado o que é o dano moral e como se comprova e se quantifica o mesmo, evitando, destarte, menores possibilidades à segurança jurídica.

Por fim, será explicitado a diferentes formas de cometimento do ato de infidelidade conjugal, como por exemplo, a infidelidade virtual, diferenciado os conceitos de adultério e traição.

## **2. A Nova Concepção do Direito das Famílias: A Pluralidade das Entidades Familiares e os Reflexos no Dever de Fidelidade Recíproca.**

A responsabilidade civil na seara familiar é, sem receios da afirmativa, tema de grande controvérsia na doutrina e tribunais. O legislador do Código Civil de 2002 preferiu não inserir temas de responsabilidade civil nas relações familiares, situação em que, a única base legislativa para regular estas relações é a teoria geral da responsabilidade civil, inserida nos arts 186 e seguintes, conjuntamente com o art. 927 e seguintes do Código Civil. Diante desta pseudo-omissão legislativa, resta necessário gastarmos umas linhas de tinta acerca da temática, visto que as relações familiares, especialmente entre os consortes – e também os companheiros – são fontes geradoras de conflitos, razão pela qual, o direito deve atingir o que é esperado por todos, que é exercer o seu mister de pacificador de conflitos. Contudo, para atingirmos esta finalidade, resta necessário buscar entender os novos ramos da concepção de família na sociedade moderna.

A visão dada à família após a entrada da Constituição de 1988 trouxe reflexos nas relações conjugais. É evidente que toda mudança legislativa (ainda mais no âmbito constitucional) surge, a posteriori, às mudanças da sociedade. E, de fato, a sociedade brasileira estimulou uma mutação do que seja uma entidade familiar, não

mais inserida nos dogmas patriarcais, anti-isonômicos e ditatórias de outrora, e sim alicerçado em igualdade entre os conviventes, em prol da dignidade da pessoa humana tutelada constitucionalmente. Nesta linha de raciocínio, afirma Cristiano Chaves que:

De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, Curso de Direito Civil p. 88, ed.4).

Hodiernamente, o critério definidor do que seja família é a existência, ou não, de afeto entre os seus integrantes. O afeto é visto como um sentimento sincero e incontrolável do ser humano perante outrem, criando, destarte, um vínculo sentimental entre eles. Esta configuração permite a existência de qualquer entidade familiar, não apenas a formada por um ato solene, mas todas aquelas em que seus integrantes são vinculados por um sentimento de solidariedade recíproca. A pluralidade nas entidades familiares, por consequência, obriga ao Estado a efetiva proteção das múltiplas possibilidades de arranjos familiares, independentemente do modelo adotado.

A entidade familiar não pode mais ser constituída somente por um ato solene, já que o que move o surgimento da mesma é a existência ou não de relações de afeto entre os partícipes. Esta nova conjuntura traz importantes consequências na seara da responsabilidade civil nas relações familiares, já que estas são plurais, não se limitando apenas ao casamento entre um homem e uma mulher.

A Lei Maior em seu art. 226 tutela a família como a base da sociedade e que deve ter especial proteção do Estado. Nota-se que o constituinte não deu um conceito objetivo do que seja uma entidade família, merecendo aplausos por esta opção, já que esta instituição tem conceitos mutáveis, pois é adaptado de acordo com a conjuntura social em que vivemos. O legislador utilizou de uma cláusula geral de inclusão, com a finalidade de absorver em seu conceito todo e qualquer grupo de pessoas reunidas por afeto. Boas são as palavras do ilustre professor Cristiano Chaves de Farias quando afirma:



Em última análise, é possível afirmar: todo e qualquer núcleo familiar merece especial proteção do Estado, a partir da cláusula geral da inclusão constitucional. Equivale dizer: todas as entidades formadas por pessoas humanas que estão vinculadas pelo laço afetivo, tendendo a permanência, estão tuteladas juridicamente pelo Direito das Famílias, independentemente de celebração de casamento. É o que se vem denominando família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, Curso de Direito Civil p. 85, ed.4).

O ilustre professor, ao afirmar a cláusula geral de inclusão familiar adotada pelo constituinte de 1988, afirma a existência de uma família denominada eudemonista, que consiste na possibilidade de existência de qualquer entidade familiar, não apenas a formada pelo casamento entre homem e mulher, mas sim a entidade movida pelo afeto entre seus integrantes.

O caráter plural das famílias traz como reflexo uma nova forma de aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, mas especificamente nas relações conjugais. O Código Civil no seu art. 1566, I, tutela o dever de fidelidade recíproca na relação casamentaria, evidentemente influenciado pelo tradicional conceito de família, resumido aquela celebrada pelo casamento entre homem e mulher. Neste viés, Maria Berenice Dias prescreve que:

O primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro é o de fidelidade recíproca, que, segundo Clóvis Beviláqua representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade. A fidelidade, com certeza, só se tornou lei jurídica, isto é, um dos deveres do casamento, porque o "impulso" da infidelidade existe...Daí a imposição de um interdito proibitório à infidelidade (MARIA BERENICE DIAS, Manual de Direito das Famílias, p.261, ed. 8).

Em um viés tradicional e retrógrado do direito da família, este dispositivo pode ser interpretado como norma de ordem pública, ou seja, é dever dos consortes no decorrer da relação casamentaria que não pode ser renunciado pelos consortes.

Contudo, a evolução social, acompanhada também pelo constituinte de 1988, traz o caráter plural das entidades familiares, situação em que, os deveres do casamento não podem mais ser considerados como de ordem pública, e sim como norma supletiva, pois, como cediço, o afeto entre os partícipes é o critério utilizado para a existência de uma entidade familiar, razão pela qual, cada casal pode conceber diversos outros deveres conjugais diferentes dos prescritos pela norma civil. Como exemplo, o Código Civil tutela o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, contudo, cada casal pode entender que esta conduta não tenha relevância para eles, preferindo, destarte, renunciar a esta prescrição legal. Evidentemente, o dever de fidelidade recíproca é visto como imprescindível na maioria das relações conjugais, muito influenciado pelos ditames monogâmicos da Igreja Católica ao longo dos tempos, razão pela qual, no caso concreto, é que deverá ser analisado, pelo juiz, se o dever de fidelidade recíproca foi ou não renunciado pelos consortes, caso tenha sido levado algum conflito ao judiciário.

É de bom alvedrio lembrar que o pacto antenupcial não é utilizado somente para a escolha de regime de bem diverso do escolhido por lei. É concebido na doutrina que o pacto antenupcial pode ser utilizado, também, como instrumento a alterar ou acrescentar outros deveres para os consortes quanto à sua relação casamentaria ou de união estável. Como bem pondera Cristiano Chaves:

Afinal, o preceito não é a toda evidência, de interesse público, dizendo respeito, essencialmente, à vontade dos particulares – e mais ninguém! Se o casal pretende dispensar, reciprocamente, a fidelidade ou a coabitação é prerrogativa privada, até porque se quiserem assim proceder, não será a lei que obstará (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, Curso de Direito Civil p. 371, ed.4).

O referido mestre concebe uma limitação a esta autonomia da vontade, que seria a dignidade da pessoa humana que, evidentemente, deve ser respeitado por ser um vetor axiológico da nossa Carta Magna. Todavia, pensamos que o pacto antenupcial não pode ser considerado como condição sine qua non para que os consortes alterarem as disposições referentes aos deveres do casamento, vide a fidelidade recíproca. Tal negócio jurídico pode ser visto como um instrumento capaz de provar a existência de alterações nas clausulas acerca dos deveres casamento ou da união estável, porém essas disposições podem já serem validas tacitamente pelos nubentes, caso em que o interessado deverá provar a existência destes em juízo.

Outro ponto interessante é se há necessidade de dissolução do casamento ou da União para a reparação dos danos morais advindo do ato de infidelidade conjugal.

Neste ponto há pensamentos diversos, como a tese defendida pelo autor Denigelson da Rosa Ismael, que afirma que a conduta do nubente infiel deve ser capaz de gerar a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a dissolução do casamento ou da união estável se torna requisito para a caracterização da reparação do dano moral. O autor afirma que:

Diante desta monta, a infidelidade conjugal, vista sob o aspecto da responsabilidade civil, como já tratada, gera a possibilidade de indenização por dano moral quando da dissolução do casamento do vínculo matrimonial – casamento ou união estável – for baseada, exclusivamente, na insuportabilidade da vida em comum pela violação dos deveres oriundos de tais relações. Isso significa dizer que não pode o Direito de Família ficar alheio e imune aos danos ocasionados no seio familiar diante da omissão legislativa em não adicionar uma norma específica sobre danos praticados pelos cônjuges ou companheiros (DANIGELSON DA ROSA ISMAEL. A responsabilidade civil pelo fim pelo fim do convívio em comum: A (im) possibilidade de indenizar face infidelidade conjugal, p. 19, [www.bdjur.stj.gov.br](http://www.bdjur.stj.gov.br)).

Seguindo este mesmo intelecto, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald prescrevem que a manutenção da vida em comum após ter ocorrido a prática de infidelidade conjugal por um dos nubentes e, a posterior ação de separação calcada na violação do dever de fidelidade configura o “venire contra factum proprium”, que consiste na proibição de comportamentos contraditórios por parte da vítima que sofreu o ato infiel. O “venire” consiste numa ramificação da boa fé objetiva, princípio inerente em todas as relações jurídicas, aplicando-se, destarte, nas relações afetivas. O cônjuge ou o companheiro que sofreram o ato de infidelidade conjugal necessitam não mais manter a vida em comum para que sejam legitimados a ajuizar a ação de separação, sob pena de caracterizar comportamento contraditório pelos mesmos e, por conseguinte, haver a perda do direito supramencionado.

...também é possível vislumbrar a caracterização do venire contra factum proprium na conduta do cônjuge que, após ter sido vítima de um adultério, perdoa o seu consorte e continua vivendo harmonicamente, mantendo a vida conjugal em comum. Nesse caso, a continuidade da vida afetiva cria no outro a justa e legítima expectativa de ocorrência de um perdão tácito, motivo pelo qual não se lhe permitirá, posteriormente, ajuizar uma ação de separação calcada na alegação de violação do dever de

fidelidade (CRISTIANO CHAVES; NELSON ROSENVALD, Curso de Direito Civil p. 148, ed.4).

Com o surgimento do divórcio, não há necessidade de um dos nubentes propor a ação de separação e, por consequência, não se questiona mais a culpa neste terreno. Todavia, para efeitos de reparação de dano moral advindo do ato de violação do dever de fidelidade, o “venire contra factum proprium” é aplicado também nestes casos conformes os autores mencionados, devido à semelhança dos casos analisados.

Mais uma vez, utilizando de todas as vênias possíveis, afirmar que a manutenção da vida conjugal configuraria comportamento contraditório é impor um ônus exacerbado ao consorte vítima, visto que, no caso concreto, há diversas pessoas que podem sofrer o ato de infidelidade e preferirem manter a sua relação conjugal. Vejo com intransigência a ideia da doutrina em presumir como perdão tácito a não dissolução do casamento ou da união estável para fins de reparação do dano moral advindo da violação do dever de fidelidade, como se para a violação da honra do consorte infiel fosse exigido a não manutenção da relação conjugal, situação que configuraria uma intransigência desmotivada na vida privada dos consortes, pois cada indivíduo numa relação afetiva pode preferir manter a relação conjugal mesmo tendo sido vítima da desonra praticada pelo outro nubente. O sentimento de afeto do nubente vítima ainda pode existir mesmo tendo sido vítima do ato de infidelidade, situação em que este pode optar em manter a sua relação matrimonial e ter sofrido a mácula na sua honra. O Estado deve tutelar o direito personalíssimo à honra dos integrantes da relação afetiva independentemente de qualquer circunstância. Não é por outro motivo que “a violação desse dever poderá, independentemente da dissolução da sociedade conjugal ou da relação de companheirismo, gerar consequências jurídicas, inclusive indenizatórias” (PABLO STOLZE GAGLIANO; RODOLFO PAMPLONA FILHO. Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família, ed.1, vol. 6, 2011, p. 287).

### **3. A Manifestação de Vontade – e não o desafeto – como causa ensejadora do ato de Infidelidade Conjugal.**

A aplicação da teoria geral da responsabilidade civil nas relações familiares é tema dos mais debatidos na seara do direito. Diversas vezes ecoam no sentido de uma aplicação suavizada da referente teoria no âmbito familiar, pois este, diferentemente das relações contratuais – que é regido pela manifestação de vontade – rege-se pelo sentimento de afeto. Evidentemente, não é intuito deste labor sublinhar as nuances filosóficas e psicológicas do conceito de afeto, pois seria um dispêndio excessivo e que fugiria dos objetivos desta obra. Todavia, será necessário

explicitar alguns conceitos acerca do afeto, já que a doutrina o utiliza como argumento para negar a aplicação da responsabilidade civil em determinadas circunstâncias no Direito das Famílias, mas especificamente nos deveres conjugais.

De início, vale mencionar o conceito e características da Responsabilidade Civil. Primeiramente, esta teoria pode ser intitulada de uma forma mais abrangente, pois entendo como tema de toda a ciência jurídica. Seu conceito, seus elementos e características são capazes de regular e pacificar todas as áreas do direito, não somente a civil, caso em que prefiro denomina-la como teoria da responsabilidade do direito. O conceito de responsabilidade civil, em apertada síntese, é a obrigação do agente em reparar o dano causado à vítima. Esta obrigação surge quando alguém viola um dever jurídico originário, que consiste na "conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social" (SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 2010, ed.9, p.96), que, por conseguinte, acarreta o dever jurídico sucessivo, qual seja, a obrigação de indenizar a vítima. A responsabilidade civil para restar configurada precisa da existência de três elementos. A primeira seria a conduta culposa, que seria uma ação ou omissão do agente, mediante dolo ou negligência, imprudência ou imperícia que gerasse um dano a vítima; sendo este mais um elemento da teoria, podendo ser de ordem material ou moral. Por fim, como último elemento, há o nexu causal, que consiste na relação de causa e efeito existente entre a conduta e o dano. Existentes esses três elementos, imputa-se a responsabilidade de reparar o dano ao agente.

Inserindo estes conceitos na seara do direito das famílias, percebe-se a dificuldade de alguns em adaptar os ilícitos cometidos nas relações familiares aos elementos caracterizadores da responsabilidade civil. No que concerne ao dever jurídico de fidelidade recíproca, a autora Maria Berenice Dias afirma que o descumprimento do dever conjugal por um dos consortes não enseja responsabilização de reparar o dano, pois as relações familiares, diferentemente das relações obrigacionais que se consubstanciam na manifestação de vontade, são movidas pelo afeto, sentimento sincero do ser humano. Afirma a autora:

Os vínculos afetivos não são singelos contratos regidos pela vontade. São relacionamentos que tem como causa de sua constituição o afeto. Basta ver o rol de deveres impostos ao casamento (CC1. 566) e a união estável (CC1. 724). Assim, quando o amor acaba, não há como impor responsabilidade indenizatória... a violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e à dignidade do consorte, a ponto de gerar obrigação indenizatória por danos morais (MARIA BERENICE DIAS. Manual de Direito das Famílias, 2010, 6º ed., p.121).

A referida autora imputa como causa ensejadora do ato de violação dos deveres conjugais como o desafeto, razão pela qual a falta de amor de um consorte perante outrem, como origem motivadora da possível conduta ilícita, não pode ser responsabilizado a reparar o possível dano sofrido. Com todas as vênias possíveis, algumas incongruências existem nesta tese. Primus, não é o afeto a causa ensejadora do ato de desrespeito aos deveres conjugais. Evidentemente, o amor, carinho, solidariedade recíproca entre os consortes, são sentimentos sinceros que fogem da seara da racionalidade humana, que, por consequência, não podem ser valorados a título de possível responsabilização. Seria um grande absurdo imputar responsabilização a alguém que deixa de amar e dar carinho ao seu consorte, pois geraria uma insegurança jurídica tamanha, levando a descrédito todo o nosso ordenamento jurídico e nosso poder judiciário. O que se quer afirma é que o desafeto não pode legitimar qualquer conduta que viole o dever de fidelidade recíproca, pois não é porque não se ama mais que é permitido cometer o ato de infidelidade. A ideia preconizada pela autora permite interpretarmos que o desafeto consiste em algum tipo de excludente de nexos causal, permitindo, destarte, que o nubente pratique condutas violadoras ao art. 1566 do Código Civil. Em que pese ser o afeto o critério caracterizador de uma entidade como familiar, a falta de afeto por um dos consortes não pode legitimar qualquer conduta que desrespeite a expectativa gerada ao outro nubente. O desafeto não gera, ipso facto, a dissolução do casamento e os deveres conjugais. Mesmo que o amor não esteja presente entre os consortes, a exigência da fidelidade recíproca se mantém, ao menos que haja a dissolução do casamento ou da união estável. O que deve ser analisado é que não é o desafeto que motiva a conduta do consorte infiel, e sim a sua manifestação de vontade livre e racional, que a priori, não se encontra viciada. A boa fé objetiva também é um argumento que tutela o consorte vítima. O princípio da confiança, que é inerente a boa fé objetiva, prescreve que os consortes devem respeitar às legítimas expectativas geradas pelo outro nubente, mesmo que não haja mais o afeto por parte de um deles. São os chamados deveres anexos e conexos da boa fé objetiva. Se o nubente infrator não sente mais afeto pelo seu outro consorte, o que se espera deste (consorte vítima) é que aquele (consorte infiel) não pratique o adultério na constância da relação casamentaria ou da união estável, ou que dissolva a relação antes de cometer tais práticas, sob pena de gerar graves prejuízos à personalidade da vítima.

Ainda nesta linha de raciocínio, os juristas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald possuem a mesma opinião ofertada pela supracitada autora:

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a

reparação de um eventual dano. Assim, a prática de adultério, isoladamente, não é suficiente para gerar dano moral indenizável. No entanto, um adultério praticado em local público, violando a honra do consorte, poderá gerar dano a ser indenizado, no caso concreto. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSEVALD. Curso de Direito Civil, 2012, 4º ed., p. 163).

Os referidos autores afirmam que a simples violação aos deveres do casamento, no caso "sub examine", o dever de fidelidade recíproca, não ensejam responsabilização civil por não ser capaz de gerar o dano. Afirmam que o dano deve ser notório, como, por exemplo, em público, para que configure a violação aos art. 186 e 187, ambos do Código Civil. Mais uma vez, data vênia, não advogo desta mesma tese. Ao que parece os referidos mestres estipulam como critério ensejador do dano a notoriedade do fato. Se a conduta for notória, explícita, como por exemplo, praticado em público, só assim resta configurado a existência do dano moral, e, por conseguinte, a responsabilização de reparação do mesmo. Ora, no nosso ver, independentemente da notoriedade do fato, há sim o dano. O que talvez diferencie um fato notório de um fato não notório, ou "às escondidas", é a extensão do dano acarretado para efeitos de apuração do "quantum debeatur".

O dano moral, por configurar uma violação aos direitos da personalidade, não tem como ser apurado aritmeticamente, como no dano material. Este deve ser restituído, enquanto aquele deve ser recompensado. Um dano a um direito à personalidade não tem como ser provado, devido ao grau de subjetividade desta prerrogativa, caso em que a doutrina conceitua o dano moral como *in re ipsa*, ou seja, caracterizado o fato, configurada esta a existência do dano moral. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho:

Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* esta demonstrado o dano moral a guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum (SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 2010, ed.9º, p.90).

Como o dano moral é comprovado pela própria existência do fato, resta saber qual o critério utilizado para aferir de o fato praticado pelo agente é ofensor ou não ao direito da personalidade da vítima. Para tal mister, a doutrina civilista afirma que o juiz deve-se utilizar da figura do homem médio como base para aferir se a conduta praticada pelo agente fere ou não os direitos da personalidade da vítima. O homem médio deve ser visto como àquele indivíduo comum a todas as pessoas de

determinada comunidade ou contexto social inserido no local da prática do ato ilícito. Para que se chegue a este fim, necessário que o juiz utilize da técnica da razoabilidade e proporcionalidade, chegando, destarte, a um indivíduo com características que represente todos os integrantes do local do fato. Nesta linha de debate, prosseguimos com Sergio Cavalieri Filho, quando afirma:

Este é um dos domínios onde mais necessárias se tornam as regras da boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas, da criteriosa ponderação das realidades da vida. Tenho entendido que, na solução dessa questão, cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível, e o homem de extremada sensibilidade. (SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 2010, ed.9º, p.86).

Ora, é cediço que o ato de infidelidade conjugal descumpra a norma do art. 1566 do Código Civil. Contudo, resta saber se este ato configura ofensa aos direitos da personalidade do outro consorte, visto que se a resposta for positiva, o dano moral está caracterizado *in re ipsa*. Visto isto, é possível afirmar, que de acordo com o homem médio, se o ato de infidelidade conjugal praticado pelo consorte ofende os direitos da personalidade do outro nubente? Ora, independentemente da forma que o ilícito foi praticado - se ao público ou "às escondidas"- há sim ofensa à personalidade de qualquer indivíduo na sociedade brasileira. A figura do adultério, ainda é, na sociedade brasileira, causa que enseja dor, humilhação e tristeza na dignidade de qualquer indivíduo, mesmo que a conduta do consorte infiel tenha sido praticada da forma mais cuidadosa possível. Evidentemente que o adultério praticado ao público terá maiores proporções ao nubente vítima, pois além de ofender a denominada honra subjetiva, ofenderá, também, a honra objetiva, que consiste na reputação do indivíduo perante o contexto social em que está inserido. Ainda nesta temática, prossegue Sergio Cavalieri Filho:

Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 2010, ed.9º, p.86).



O referido mestre explicita a diversas dimensões possíveis à violação aos direitos da personalidade, não apenas na sua dimensão pessoal, mas também na sua dimensão social, ou seja, a violação a honra objetiva do indivíduo, caso em que, praticado o ato de infidelidade conjugal, o consorte vítima sofrerá, tanto na sua dimensão individual (honra subjetiva), quanto na sua dimensão social (honra objetiva).

#### **4. A Honra como especial Direito da Personalidade**

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada com finalidade de tutelar a pessoa humana, razão pela qual é denominada como carta cidadã. Ela possui como conteúdo diversas prerrogativas, tidas como fundamentais, em prol de todos os indivíduos, considerado como direitos necessários a uma vida digna em sociedade. Os direitos fundamentais possuem uma qualidade diferenciada em relação às prerrogativas comuns. Por serem direitos caracterizados por um alto grau de relevância, suas atribuições são vistas pelo Estado como de ordem pública, situação em que o indivíduo não pode deles dispor.

Visto como um vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico e prescrito no art. 1 da CF/88, a dignidade da pessoa humana, sem receio da afirmativa, é o direito fundamental que norteia todos os ramos do direito e de toda a coletividade. Pode ser definido como um valor que o Estado e a sociedade devem tutelar para a garantia de uma vida digna a todos os indivíduos. O direito à vida não é visto somente como a prerrogativa de poder estar vivo, mas sim na exigência de que todo cidadão deve ter prerrogativas mínimas que lhe darão suporte para obter uma vida digna. Não é por outro motivo que:

...o postulado fundamental da ordem jurídica brasileira é a dignidade da pessoa humana, enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a sua afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSEVALD. Curso de Direito Civil, Vol.1 2012, 10º ed., p. 160).

Proseguindo neste viés temático, Sergio Cavalieri filho apud Kant, prescreve que:

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos

enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna (SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 2010, ed.9º, p.83).

Ainda, sobreleva sublinhar que a dignidade da pessoa humana possui duas feições. A primeira, a feição positiva, consiste na obrigatoriedade que todas as normas infraconstitucionais tutelem, direta ou indiretamente, a dignidade do indivíduo. A segunda, a feição negativa, consiste na obrigação do Estado e de toda a sociedade em abster-se de determinadas condutas que possam, eventualmente, restringir ou desrespeitar o vetor axiológico da Constituição, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Com base nesses postulados supramencionados, a personalidade jurídica é um atributo reconhecido a toda pessoa para ser sujeito de direitos e deveres, como também, reclamar uma proteção jurídica mínima, ou melhor, exigir do Estado e da comunidade, respeito às suas prerrogativas fundamentais tuteladas pela Lei Maior, com forte apoio na dignidade da pessoa humana. Destarte, personalidade jurídica e dignidade da pessoa humana se convergem, mas possuem distinções. Aquela é um atributo a toda e qualquer pessoa para praticar atos jurídicos e reclamar a tutela de prerrogativas mínimas para a existência de uma vida digna, enquanto esta é à base de fundamentação para a existência dos direitos da personalidade, caracterizado como um valor-fim projetado pela Constituição Federal, elevando o ser humano ao objetivo maior de todo o ordenamento, impondo respeito não só pelo Estado, mas também a toda a coletividade.

Mais uma vez, excelente posicionamento de Cristiano Chaves e Nelson Rosenval, quando afirmam que:

A personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício de uma vida digna (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSEVALD. Curso de Direito Civil, 2012, 4º ed., p. 168).

Assim, não é mais assente na doutrina que a personalidade jurídica tenha apenas uma atribuição. Além de possibilitar a toda pessoa a prática de atos jurídicos permite, também, a reclamação de direitos mínimos, imprescindíveis à existência de uma vida digna, direitos estes denominados de direitos da personalidade.

Os direitos personalíssimos são inúmeros no nosso ordenamento jurídico. Consubstanciado na dignidade da pessoa humana, a lei Civil não pode estabelecer taxativamente todos os direitos da personalidade, pois a dignidade humana sempre é alvo de novas interpretações e, como cediço, é o valor maior objetivado pela carta magna. Todavia, dentre os diversos direitos personalíssimos tutelados no ordenamento, interessa-nos o direito à honra. Este, sem dúvidas, é um direito especial dentre os conhecidos direitos da personalidade. A honra, na sociedade brasileira, sempre foi vista como um atributo que merece todo o respeito. Numa era em que vivemos a flexibilização do direito à privacidade, motivado pela renúncia de alguns com o uso das redes sociais, a honra, a contrario sensu, sempre foi vista de forma absoluta, não sendo admitida a sua violação em nenhuma hipótese.

Como cediço na nossa doutrina, a honra tem dois sentidos. Primeiro há a honra objetiva, que consiste na reputação da pessoa perante terceiros. Já a honra subjetiva, consiste no julgamento que a própria pessoa faz de si mesma. "É a autoestima, o sentimento de valorização pessoal, que toca a cada um" (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSENVALD. Curso de Direito Civil, 2012, 4 ed., vol.1, p. 255). Sendo assim, não há dúvidas de que é possível a reparação do dano moral independentemente das consequências sociais do ato ilícito. No caso do ato de infidelidade conjugal, não é o fato do adultério não ter sido praticado ao público que não há dano moral. O adultério praticado ao público deve ser visto como critério para aferir o "quantum debeatur", pois a nubente vítima sofre de uma desvalorização pessoal, ou melhor, tem prejuízos na sua honra subjetiva, mesmo que o fato tenha sido praticado à surdina.

A personalidade humana tem como "locus" principal para o seu desenvolvimento a família. É nesta comunidade afetiva que o indivíduo inicia sua formação cultural e intelectual. Noções conceituais como solidariedade, profissão, caráter, companheirismo, dentre outros, são aperfeiçoados dentro do ambiente familiar por todos os indivíduos, razão pela qual, é a família a base da sociedade, como bem leciona nossa carta cidadã.

A família sendo a base para o desenvolvimento da personalidade dos seus integrantes, evidentemente que os direitos da personalidade devem ser mais elevados e valorados neste ambiente afetivo. A família moderna não é mais tutelada por si mesma, sendo vista de forma instrumental, ou seja, ela existe com o único

intuito de tutelar o desenvolvimento da pessoa humana. Não é por outro motivo que:

...a família existe em razão de seus componentes, e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescandível a pessoa humana. É o que se convencionou chamar de família eudemonista, caracterizada pela busca da felicidade pessoal e solidária de cada um de seus membros, Trata-se de um novo modelo familiar, enfatizando a absorção do deslocamento do eixo fundamental do Direito das Famílias da instituição para a proteção especial da pessoa humana e de sua realização existencial dentro da sociedade (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSEVALD. Curso de Direito Civil, 2012, 4ª ed., p. 48).

A honra, como peculiar direito personalíssimo, deve ser visto com muita cautela nas relações familiares, limitando qualquer conduta dos seus integrantes que possam violar esta prerrogativa intrínseca do ser humano. Destarte, resta evidenciado mais uma razão para que o ato de infidelidade conjugal praticado por um dos cônjuges seja passível de indenização, pois a violação a honra (tanto objetiva, quanto subjetiva) no seio familiar pode acarretar maiores prejuízos do que a violação a honra em outros seios sociais. O nubente vítima de infidelidade conjugal sofre uma mácula indescritível na sua honra, já que é a família o núcleo primordial para o desenvolvimento de suas características personalíssimas.

## **5. As possíveis formas de cometimento do ato de infidelidade conjugal. Adultério x Traição.**

A conduta ilícita praticada pelo cônjuge ou companheiro infiel pode ser materializada de diversas formas. Em outras épocas já foi tipificado com crime a prática de adultério, que consistia na prática de relações sexuais, pelo cônjuge, com terceira pessoa estranha ao matrimônio. Hodiernamente, não se concebe mais apenas a prática de relações sexuais como única causa de infidelidade conjugal, havendo um maior alargamento das possibilidades de condutas ilícitas, em prol da valorização do respeito mútuo que deve nortear os partícipes de uma entidade familiar.

Mas, um ponto merece ser esclarecido antes da análise desta temática. Qual a "ratio essendi" da fidelidade recíproca inserida na norma do Código Civil? Como já dito alhures, a exigência da fidelidade recíproca entre os cônjuges ou companheiros é interpretada como norma supletiva, ou seja, é uma faculdade posta aos nubentes na escolha desta exigência como dever jurídico ínsito à relação conjugal. Contudo, o

legislador utilizou de uma clausula geral ao prescrever a fidelidade recíproca, merecendo nossos aplausos, pois este conceito pode variar de acordo com o tempo e seus costumes locais, situação que, exige do aplicador do direito adaptar este conceito conforme o caso concreto se apresenta.

A ilustre mestra Maria Berenice dias não dá contornos de dever jurídico à norma da fidelidade recíproca e nem a nenhum outro dever do casamento. A autora afirma que o dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, porém, apesar de constar como dever do casamento, a violação da mesma não admite punição, tanto na esfera penal, quanto na esfera civil (2011). Prossegue a autora afirmando que há a exigência moral da fidelidade, pois existe um impulso a infidelidade por parte dos indivíduos, razão pela qual existe uma espécie de interdito proibitório à infidelidade.

A contrario sensu, há aqueles que definem a fidelidade reciproca como um dever jurídico, conceituando como a necessidade de que cada consorte de abstenha de praticar atos sexuais com terceiros estranhos a relação. Esta é o pensamento externado pela tradicional autora Maria Helena Diniz, quando afirma que:

O dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro (MARIA HELENA DINIZ; Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família, 2011, 26 ed., p.145).

Em oposição à tese advogada pela referida autora, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal criticam o tradicional conceito dado à prática de adultério, qual seja, o ato de conjunção carnal pelo coito vaginal praticado pelo cônjuge ou companheiro com terceiros estranhos à relação. Para os referidos autores, a análise da fidelidade recíproca deve estar atrelada ao dever de respeito e consideração mútuos, inseridos no inciso V do art. 1566 do Código Reale, pois a confiança estabelecida entre os partícipes da relação conjugal denota não só a exigência de não praticar relações sexuais com terceiros, mas sim a abstenção de toda e qualquer pratica que possa gerar desequilíbrio na relação (2012). Evidentemente que essas outras práticas injuriosas capazes de violar o dever de fidelidade recíproca vão depender do caso concreto apresentado ao operador do direito, situação que merece a utilização da razoabilidade como instrumento pacificador de conflitos.

...o respeito recíproco entre os cônjuges precisa ser compreendido na complexidade social e na confiança

estabelecida entre o casal, permitindo notar uma perspectiva bem mais ampla do que, tão somente, uma visão sexual. (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS; NELSON ROSEVALD. Curso de Direito Civil, 2012, 4º ed., p. 297).

A nosso ver, a ideia preconizada por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald se adequa melhor aos novos contornos do Direito das Famílias. O intérprete não pode impor uma única conduta como violadora ao dever de fidelidade, pois a tutela da dignidade da pessoa humana exige não só o respeito à dignidade sexual dos cônjuges ou companheiros, mas sim, respeito à moral dos integrantes da relação afetiva, já que a mesma não é violada apenas com a prática de relações sexuais com terceiros estranhos a relação, mas sim com qualquer prática passível de gerar desrespeito aos integrantes da relação conjugal.

Diante deste maior alargamento das condutas passíveis de violar o dever de fidelidade, torna-se necessário delimitar os conceitos de adultério e traição. A prática adúlterina, como dito, resumia-se ao ato de conjunção carnal, mediante penetração do pênis na vagina, praticado pelo nubente com terceiros estranhos à relação matrimonial. Numa tentativa de alargar este conceito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho prescrevem uma tipologia especial para a prática de adultério. A primeira espécie seria o quase adultério, situação em que os parceiros trocam carícias sem a consumação do ato sexual. A próxima modalidade adúlterina é o chamado adultério inocente. Este consiste no caso da inseminação artificial heteróloga, sem a necessária autorização do marido. Evidentemente que esta modalidade pode gerar algumas controvérsias, pois não há o contato físico entre os indivíduos. Contudo, advogo a tese de que não é necessário o contato físico entre o nubente e o terceiro para que caracterize a infidelidade conjugal. A terceira modalidade proposta pelos referidos autores é o chamado adultério precoce, que ocorre quando o cônjuge abandona o outro, de forma infamante, logo após a celebração do casamento. Por fim, segundo os referidos mestres, há o adultério virtual que, moldando aos avanços tecnológicos do mundo moderno, consiste na relação de afeto e intimidade praticada pelos nubentes com terceiros estranhos ao matrimônio, pela via eletrônica (2011).

A nosso ver, é mais simples mantermos o tradicional conceito do adultério, qual seja, a prática de conjunção carnal e inserirmos no conceito de traição todas as outras práticas passíveis de violar o dever de fidelidade. Destarte, além do adultério propriamente dito como causa geradora da infidelidade conjugal, a traição, que engloba toda e qualquer conduta injuriosa e difamatória praticada pelo cônjuge ou companheiro, também será passível de violar o dever de fidelidade recíproca preconizado pelo Código Civil.

No que tange a denominada infidelidade virtual, ou como preconizado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho de adultério virtual (2011), alguns questionamentos há de serem feitos, pois a contrassensos na doutrina neste aspecto. A Internet, considerada como meio de troca de dados pela via eletrônica, nos possibilitou uma nova forma de relacionamento humano. A falta de contato físico no mundo virtual estimulou diversas pessoas, principalmente as tímidas, a preferirem o relacionamento pela via eletrônica. Diante desta monta, hodiernamente diversas pessoas mantem relações íntimas nestes "locus", às vezes motivadas pela medíocre vida conjugal que vivem. Pois bem, o relacionamento virtual é uma realidade e o direito deve se adequar, sob pena de seus dispositivos se tornarem inócuos frente aos casos concretos, gerando, destarte, a não pacificação social dos conflitos.

Para incrementar a temática, trazemos à baila a tese defendida pela mestra Maria Berenice Dias, para quem não concebe como infidelidade conjugal a pratica de contatos íntimos e afetivos pela via virtual. A autora afirma que:

Não cabe nominar de descumprimento do dever de fidelidade a relação erótico-afetiva quando inexistente qualquer postura que afronte o dever de respeito que deve reger as relações interpessoais. Ora, não há como falar em traição quando alguém se relaciona com outro exclusivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero ciúme do cônjuge, que se considera preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Ninguém pode ser considerado culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa "invisível". Postados diante do terminal computador, há o mergulho em uma realidade diversa, na qual não há mais separação entre o ator, a plateia e o palco: tudo se confunde, nada/tudo existe... A imposição do dever de fidelidade simplesmente visa a impedir a concepção de prole ilegítima. Assim, somente na hipótese de haver o risco de os relacionamentos gerarem contatos sexuais é que haveria a possibilidade de se cogitar de infidelidade ou adultério (MARIA BERENICE DIAS. Manual de Direito das Famílias, 2010, 6º ed., p.264-265).

A referida autora advoga a ideia de que o relacionamento virtual não pode ser considerado como violador do dever de fidelidade, pois este espaço é imaginário e que a pessoa a quem se está mantendo a relação virtual é do tipo "invisível". Data vênia, pensamos que não é esta a visão mais equânime da circunstância. O mundo virtual não pode ser definido como imaginário, já que este adjetivo seria plausível se esse

novo "locus" fosse criação do nosso pensamento. O mundo virtual é uma realidade criada pelo intelecto humana e com o uso da tecnologia. O real não pode ser apenas o relacionamento humano pelo contato físico, pois as trocas de informações feitas pela via eletrônica são manuseadas por pessoas. Maior contrassenso é qualificar as pessoas que se relacionam pela internet como invisível, pois, evidentemente, elas existem. Contudo, o ponto nevrálgico para definir se o contato íntimo pela via virtual configura infidelidade conjugal é analisar se este fato ofende a honra do cônjuge ou companheiro vítima do ato cometido pelo seu consorte. Vejamos, já foi dito que para apurar se tal fato violou ou não algum direito da personalidade, resta necessário utilizarmos da figura do homem médio inserido no contexto no caso concreto, já que, como cediço, o dano é in re ipsa, ou seja, inerente ao próprio fato. Pois bem, mediante esta técnica, defendemos que a prática de contatos íntimos virtuais exercidos pelos cônjuges ou companheiros com terceiros estranhos ao matrimônio configura violação ao dever de fidelidade. Não há dúvidas de que este fato possa gerar uma mancha na honra do consorte vítima, pois o respeito ao outro não se limita a não manter contatos físicos injuriosos com terceiros, mas sim a obediência, também, ao respeito moral. Ações libidinosas pela internet ofendem a honra do seu cônjuge ou companheiro, razão pela qual viola explicitamente o dever de fidelidade recíproca prescrito no art. 1566 do Código Reale. Como derradeiro, não concordamos com a tese de que o dever de fidelidade recíproco seja exigível apenas em situações que em há a possibilidade de haver o ato sexual. Utilizando do primado basilar de hermenêutica, o interprete não pode restringir onde o legislador não quis tal monta. O dever de fidelidade recíproca é uma norma confeccionada mediante a técnica das cláusulas gerais, tendo estas o intuito de adequar o seu conteúdo de acordo com o contexto cultural do caso concreto.

## **6. Conclusão**

Após o labor científico elaborado, restam necessárias algumas conclusões finais a cerca da temática. Em que pese ser o afeto o critério norteador para a caracterização de uma entidade como familiar, não é este sentimento quem motiva a conduta do consorte infiel. Evidentemente, que não se pode exigir que um cônjuge ou companheiro tenha amor pelo outro consorte, pois este sentimento é natural, inconsciente, incontrolável, razão pela qual não se pode imputar responsabilidade a alguém pela falta do mesmo, pois foge da racionalidade humana. Todavia, o ato de infidelidade conjugal não está necessariamente consubstanciado na falta de afeto, pois, no nosso sentir, quem pratica o ato de infidelidade conjugal age na seara da racionalidade.

O dever de fidelidade recíproca, em que pese se uma norma de caráter supletivo é dever jurídico inserido na maioria das relações casamentarias e de união



estável. Independentemente da existência do afeto, o dever de fidelidade é a expectativa gerada ao outro consorte, que, consubstanciado na boa fé objetiva, impõe aos casados e companheiros respeito a este dever. Se por ventura uma pessoa deixa de amar a outra, espera-se deste, ainda, o respeito à fidelidade, sob pena de gerar um grande impacto negativo na honra do outro nubente.

Outro ponto a ser concluído é que, não somente a honra objetiva da vítima é quem sofre com as consequências do ato de infidelidade conjugal. Não há dúvidas de que a traição cometida com descrição, de forma não pública, ofenderá a honra subjetiva da vítima. A ofensa à reputação da mesma pode ser levada em conta para efeitos de quantificação do dano moral, mas nunca único critério para haver violação a honra do consorte.

Por fim, esperamos que este trabalho científico traga utilidade, tanto no meio social, quanto na seara jurídica, em específico nos tribunais e doutrina. Já é a hora de aplicarmos com mais efetividade a teoria da responsabilidade civil na seara do Direito das Famílias, pois, como já dito, é o ramo do direito que lida com o agrupamento social mais importante do indivíduo, pois é onde se desenvolve a nossa personalidade humana.

## 7.REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2010

DA SILVA, Ana Elisa. **Infidelidade Conjugal e Responsabilidade Civil – O Dano Advindo do Descumprimento do Dever de Fidelidade no Casamento**. Disponível no site [www.jurisway.com.br](http://www.jurisway.com.br). 2010.

DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil. Direito de Família**. 20 ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2012.

DE FARIAS/ ROSENVALD, Nelson e Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 4. ed. Salvador. Jus Podivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 6 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

HELENA DINIZ, Maria. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 26 ed. Editora Saraiva, 2011.

ISMAEL, Denigelson da Rosa. **A Responsabilidade Civil pelo fim do Convívio em Comum: A (Im) Possibilidade de Indenizar face a Infidelidade Conjugal.** Disponível em [www.bdjur.stj.gov.br](http://www.bdjur.stj.gov.br).

STOLZE GAGLIANO / PAMPLONA FILHO, Pablo e Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Direito das Famílias.** 1 ed., Salvador. Editora Saraiva, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de Família.** 11 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2011.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

**DANIEL TEIXEIRA DA SILVA:**

Graduando em Direito no Centro  
Universitário Luterana de Manaus –  
ULBRA.

JOÃO BOAVENTURA[1]

(orientador)

**RESUMO:** O trabalho atual envolve a responsabilidade civil dos influenciadores digitais considerados celebridades digitais, devido ao aumento do seu capital de imagem ao transformar informações pessoais no Instagram em uma plataforma de publicidade, desempenhando assim um papel social. O objetivo principal deste trabalho é verificar se os influenciadores digitais são responsáveis pelos anúncios que usam em seus dados pessoais, sem identificar os anúncios pagos. O método indutivo é utilizado como método de pesquisa, principalmente com base na seguinte premissa: a plataforma de publicidade não integra a cadeia de consumo, e atinge a situação especial do espaço publicitário no perfil do Instagram. O objetivo específico deste trabalho é atribuir a responsabilidade pela prevenção de danos civis à responsabilidade civil a partir da determinação do papel social dos influenciadores digitais e do dever de zelo pelas informações divulgadas. Conclui-se que na ausência de informações preventivas, existem responsabilidades cíveis e possíveis penalidades.

**Palavras-chaves:** Tecnologias; Influenciadores Digitais; Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** The current work involves the civil liability of digital influencers considered digital celebrities, due to the increase in their image capital by transforming personal information on Instagram into an advertising platform, thus playing a social role. The main objective of this work is to verify if digital influencers are responsible for the ads they use in their personal data, without identifying paid ads. The inductive method is used as a research method, mainly based on the following premise: the advertising platform does not integrate the consumer chain, and reaches the special situation of the advertising space on the Instagram profile. The specific objective of this work is to attribute responsibility for preventing civil damages to civil liability based on the determination of the social role of digital influencers and the duty of care for the information disclosed. It is concluded that in the absence of preventive information, there are civil liabilities and possible penalties.

**Keywords:** Technologies; Digital Influencers; Consumer Law. Civil responsibility.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. A POPULARIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS E REDES SOCIAIS; 2.1 CONCEITO DE DIGITAL INFLUENCER. 3. A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO. 4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS INFLUENCIADORES DIGITAIS; 4.1 Da Responsabilidade civil dos digitais influencer no que tange aos prejuízos causados aos consumidores. 4.2. Das medidas do CONAR acerca da responsabilização de influenciadores digitais por publicidades abusivas. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

O amplo uso da tecnologia e as possibilidades que ela oferece, como a capacidade de publicar informações relevantes ou irrelevantes quase que instantaneamente a um custo baixo e maior do que os métodos tradicionais de propaganda, mudou a importante ferramenta das mídias sociais para transformar as relações sociais.

Historicamente, somente por meio de palavras adicionais as relações sociais podem ser consideradas confiáveis. Com a disseminação dos métodos de comunicação e a possibilidade de qualquer indivíduo criar conteúdo, a robustez e a confiabilidade das informações agora foram relativamente melhoradas.

As fontes de informação já foram consideradas confiáveis porque ganharam fama, qualidade e profundidade ao longo do tempo e foram reconhecidas como referências, perderam espaço e impossibilitaram o cidadão comum de ganhar empatia e confiança pública por meio da identificação pessoal. Confiança baseada em fatores objetivos no passado, como o estabelecimento de marcas tradicionais conhecidas, indicando que a marca principal é parceira, agora por meio de filtros de influência mais subjetivos, como segmentação de interesses específicos, simpatia por causas comuns, o relacionamento passa a ser "Level", que identifica costumes semelhantes entre influenciadores digitais e o público.

Essa relação horizontal entre influenciadores digitais e ouvintes traz a robustez de seu conteúdo para grandes empresas e os torna legítimos por seus esforços para divulgar e influenciar os ouvintes. Esse tipo de influência obtida apenas com o propósito de compartilhar suas preferências agrega capital social que aumenta o valor econômico e um forte papel social, pois se torna um influenciador de massa em um determinado segmento de mercado. O Instagram agrega muito poder a essas pessoas digitalmente influentes. Dentre elas, destacam-se pessoas digitalmente influentes por expor sua vida privada como um produto de seus interesses, mudando assim o público e o consumo de materiais promocionais. E os participantes de sua vida.

As celebridades são pagas por sua popularidade, quanto maior sua reputação na sociedade, maior seu valor econômico, portanto, sua influência cria valor agregado para seu capital. Esse retorno financeiro devido à popularidade das celebridades torna a relação entre celebridades e consumidores uma relação de responsabilidade, pois se os consumidores não influenciam as celebridades (principalmente as celebridades digitais (influenciadores digitais)). Se você reagir, o retorno financeiro não será percebido. Então, essa relação torna a celebridade pessoalmente responsável pelo conteúdo que produz e pela divulgação dos produtos e serviços que divulga, principalmente quando detém a antiga propriedade do intermediário contratual (para as celebridades tradicionais, é Agência de publicidade) quando a relação contratual entre o contratante e a celebridade não puder ser verificada.

Como a publicidade é totalmente baseada na confiança do público, faltam informações claras e claras sobre se há uma relação contratual entre os influenciadores digitais e os produtos ou serviços que eles divulgam, o que indica que as informações na frente dos consumidores são desequilibradas, o que os deixa em um estado de desconfiança. Em um estado frágil. A ocorrência de dano ao produto ou serviço constatada pelo consumidor é solucionada diretamente pelo fabricante ou prestador de serviço, sendo amparada pela responsabilidade civil objetiva prevista na Lei de Defesa do Consumidor.

A mera possibilidade de dano é suficiente para responsabilizar o criador do conteúdo publicitário a arcar com o risco, pois, nessa relação, o influenciador digital não pode apenas se beneficiar do capital econômico gerado por sua confiabilidade pública sem ser responsável pelas consequências. O material divulgado é produzido. O objetivo desta pesquisa é analisar se a responsabilidade civil de celebridades e influenciadores digitais existe sem informação publicitária, pois existe uma relação contratual, e os encargos sociais que esta divulga devido às atividades.

O presente artigo será desenvolvido em três capítulos, a saber: no primeiro, será realizado uma análise sobre a popularização das plataformas digitais e redes sociais, tendo como subtópico: o conceito de digital influencer; no segundo, iremos tratar sobre como o ordenamento jurídico trata a publicidade, e no terceiro, será abordado sobre a a responsabilidade civil e os influenciadores digitais, tendo como subtópicos acerca da Responsabilidade civil dos digitais influencer no que tange aos prejuízos causados aos consumidores e as medidas do CONAR acerca da responsabilização de influenciadores digitais por publicidades abusivas.

## **2. A POPULARIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS E REDES SOCIAIS**

Devido ao mundo globalizado em que operamos e à simplicidade dos mecanismos desenvolvidos por meio da ampla difusão das redes de Internet em todo o mundo, a vida das pessoas e das empresas (inclusive departamentos comerciais) tem se tornado cada vez mais fácil de atender às necessidades diárias. Diante disso, o Instagram se tornou gradativamente uma das maiores redes comerciais e se tornou uma verdadeira “vitrine virtual” por sua conquista cada vez mais rápida de consumidores.

O Instagram é a rede social mais recente, e sua função original é compartilhar fotos, vídeos e histórias de fontes entre os usuários da rede. Esta rede social foi criada pelo americano Kevin Systrom e pelo brasileiro Mike Krieger em outubro de 2010 e atualmente conta com mais de 500 milhões de contas ativas. Essas contas aproveitam o serviço de compartilhamento de fotos e vídeos, usados principalmente para retratar o dia a dia (SILVESTRE, 2017).

De acordo com Araújo (2020) os usuários desta plataforma irão transmitir simultaneamente alguns eventos até imprevisíveis, de forma que esses fatos têm chamado a atenção do mundo conectado pelo Instagram. Considerando que esses recursos proprietários das redes sociais podem divulgar melhor os produtos e serviços dos fornecedores, o aplicativo é atraente para entretenimento e publicidade.

Nesse sentido, o Instagram é uma rede social que pode funcionar como um grande mural para a publicação de fotos e vídeos. Todos os dias inúmeras pessoas postam, apreciam e compartilham conteúdo com outros usuários, podendo também gravar pequenos vídeos (história) na sequência especificada por 24 (Vinte e quatro) horas de tempo, ele será excluído automaticamente imediatamente depois disso (SILVESTRE, 2017).

Em suma, através do extenso elenco de funções e possibilidades, podemos constatar que se trata de uma rede social que visa conseguir conexão, interação instantâneas entre as pessoas a uma velocidade extraordinária por meio de fotos, vídeos e exibições de texto e muitos mais. Portanto, é possível perceber que devido à maior praticidade e interatividade entre os usuários e as informações divulgadas em tempo real, as pessoas estão cada vez mais atentas às informações veiculadas nas redes sociais via internet.

Segundo Araújo (2020) preleciona que “apesar da crescente nitidez dos influenciadores digitais, atualmente não existe nenhuma lei que regule o setor no sistema jurídico brasileiro. Neste ponto, a autora expõe o projeto de LEI-PL nº 10937/2018 do Vice-Presidente Federal Eduardo da Fonte do PP / PE, que visa regulamentar a função de influenciadores digitais, garantir e promover o trabalho”.

Portanto, o projeto lei seria útil do ponto de vista legislativo, e se tornaria sem dúvidas uma melhoria.

Devido à estrutura do projeto jurídico em análise, neste caso, a transcrição de dispositivos candidatos à condenação torna-se viável e interessante, pois pode esclarecer como se dará a relação jurídica desses profissionais. A seguir:

O PL 10947/2018 dispõe sobre a regulamentação do ofício de Influenciador Digital Profissional. O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. O exercício do ofício de Influenciador Digital Profissional ou Digital Influencer Profissional é considerado como atividade de natureza social, regulado pela presente Lei.

Art. 2º. Para os fins desta Lei, entende-se como Influenciador Digital o obreiro que cria e publica conteúdo na Internet, em redes sociais, blogs e sites, na forma de vídeos, imagens ou textos, capaz de influenciar opiniões, comportamentos e manifestações de seus seguidores e afins, além de informar a população sobre temas que julga relevantes.

Art. 3º. As novas denominações e descrições das funções em que se desdobram as atividades do Influenciador Digital Profissional constarão do Regulamento desta Lei.

Art. 4º. É vedado ao Influenciador Digital Profissional a divulgação de conteúdo visando a prática de perseguição ou discriminação por motivos sociais, econômicos, políticos, religiosos, de gênero, raciais, de orientação sexual, condição física ou mental, ou de qualquer outra natureza

Art. 5º. É dever do Influenciador Digital Profissional respeitar: I -o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas; II -o direito autoral e intelectual em todas as suas formas; III -os direitos das crianças, dos adolescentes, das mulheres, dos idosos, dos negros e das minorias.

Art. 6º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2018).

Desta forma, a partir de 16 de março de 2020, o referido projeto de lei será finalizado pela comissão. Como vimos, a regulamentação profissional dos influenciadores digitais em breve será aprovada pelo legislativo federal, que é responsável pela legislação sobre o assunto, de acordo com a Constituição.

Inicialmente entendemos que as redes sociais se tornaram popular mundialmente, principalmente o Instagram que deixou de ser um App apenas de entretenimento e diversão, e passou a ser uma ferramenta de trabalho para muitos. Com isso, surgiram os famosos digitais influences, mas o que é um digital influencer? É o tema do nosso próximo capítulo.

## **2.1 CONCEITO DE DIGITAL INFLUENCER**

De antemão, insta salientar que devemos tecer alguns comentários para que assim fixe-se a conceituação mais técnica possível do influenciador digital, para viabilizar a compreensão da temática ora abordada, objetivando uma melhor compreensão do tema.

Antigamente, antes da era digital as celebridades eram conhecidas apenas pela TV, então, as pessoas que se tornavam famosos eram: Atores/Atrizes, Apresentadores de TV, Cantores e etc... mas com a popularização da internet e o mundo virtual, surgiram uma nova era de celebridade, ou melhor, subcelebridades e conhecidos também como influenciadores digitais, contudo, se tem dúvidas do conceito de influencer digital, sendo assim, vejamos mais adiante:

À primeira vista, o nicho de mercado dos influenciadores digitais parece ser uma rede social, pois seu perfil de usuário é seguido por várias pessoas que buscam publicações em busca de conteúdo para postar. Portanto, podemos concluir que os influenciadores digitais são figuras conhecidas nas redes sociais com múltiplos seguidores, que acompanham e consomem o conteúdo que publicam todos os dias.

Segundo Araújo (2020) outro ponto importante levantado é a necessidade de o público aceitar as informações veiculadas pelos influenciadores. Por isso, é preciso fazer com que esses influenciadores ganhem a confiança do público com a criação de conteúdos aleatórios. Quando essa relação entre influenciadores e seguidores se consolida, conforme aumenta a credibilidade de suas publicações, aumenta a fidelidade do público. Portanto, uma interação real é estabelecida entre a pessoa que transmite a informação e a pessoa que a absorve. Percebe-se que todas



essas são estratégias a serem executadas, cujo objetivo é transmitir o consumo de serviços e produtos por meio da imagem de influenciadores digitais.

Até certo ponto, isso ocorre porque a personalidade e outros atributos pessoais dos influenciadores digitais fazem com que os seguidores se identifiquem, estabelecendo a confiança mencionada anteriormente. Para além de consumir os produtos e serviços disponibilizados, outro resultado desta simbiose é que cada vez mais seguidores passam a consumir o conteúdo publicado e a divulgá-lo, o que em particular aumenta o potencial de marketing e a influência do influenciador. Dessa forma, os influenciadores digitais podem trazer benefícios lucrativos para clientes / contratados em potencial e adicionar sua imagem e conteúdo.

Para melhor ilustrar o problema, é importante citar:

Desde 2015, o termo influenciador digital, derivado do inglês "influenciador digital", passou a ser mais utilizado no Brasil. Um dos principais motivos pode estar relacionado à entrada de novas aplicações no campo da produção desses profissionais não mais restritos. Apenas uma plataforma - se for um vlogger, apenas YouTube ou apenas um blog (para blogueiros) (KARHAWI, 2017, p. 7).

Portanto, pode-se inferir que a participação de influenciadores digitais nas mídias sociais, principalmente na plataforma Instagram, pode gerar seguidores, mas uma relação de confiança precisa ser estabelecida para que os seguidores reconheçam e acreditem o suficiente para consumir o que está sendo postado. Como resultado, muitas pessoas influentes acabam criando dados pessoais e até estilos de vida que não só aumentam sua imagem, mas também aumentam os produtos relacionados à sua divulgação, para que possam atribuir autenticidade e consistência ao que desejam coisas para vender.

Ocorre que apesar de ser um "trabalho" aparentemente inofensivo, o digital influencer tem em suas mãos o poder de influenciar as pessoas, a se vestirem como eles, falar como ele, e principalmente a adquirir diversos produtos com a sua divulgação. Mas o que seria isso? Se uma pessoa que é digital influencer anuncia produtos estéticos, é interessante e consistente que ela tenha o resultado prometido do produto, pois o profissional é considerado uma vitrine do produto anunciado, o que vai aumentar a confiança nesses produtos e torná-los mais confiável.

Depois de tudo que foi explicado neste artigo, é óbvio que, como o nome já diz, pessoas influentes desempenham um papel importante nas atividades de marketing atuais e de marketing de todo o produto, porque é uma propaganda

existente que serve os produtos e serviços mais recentes. E a última operadora. A informação na Internet, portanto, afetou o valor de inúmeras pessoas.

Segundo Alves (2019) “explica que tornar-se uma pessoa influente (ou blog) geralmente se refere a ter uma influência direta nas decisões de quem o segue, responsável por mudar o estilo de vida, opiniões, comportamentos de seguidores leais e aumentar a fidelidade do consumidor”.

Essas pessoas que se destacam nas redes sociais têm a capacidade de mobilizar um grande número de seguidores, orientar opiniões e comportamentos e até criar conteúdo exclusivos.

Neste sentido, pensamos ser necessário enfatizar a posição de Messa (2016) sobre o conceito de tecnologia digital influenciador para que possamos entender melhor quem fornece tais serviços:

O fato é que todo influenciador digital ainda é um formador de opinião pública, mas quero manter este novo termo para enfatizar que certas pessoas deveriam receber mais atenção daqueles que estão engajados na comunicação. Acho que o termo influenciador digital pode identificar melhor aqueles que pertencem a um determinado nicho e, nesse grupo, o número de relacionamentos é maior do que o nível médio de pessoas pertencentes a esse nicho.

Quanto à especialidade dos influenciadores digitais, podemos ver que eles trabalham com públicos-alvo em diversas áreas de consumo, como: moda, estética, jogos, esportes e etc...

Para quem é usuário do Instagram por exemplo, consegue encontrar diversos produtos sendo indicados por “digitais influencer”, ocorre que esse tipo de pessoa tem uma visibilidade muito grande, que acabam por conquistar o público com a publicidade e alcançar uma carga grande clientes para suas parcerias. Contudo, muitas das vezes esses produtos são indicados sem procedência alguma, uma vez, que a maior parte desses influences almejam apenas o engajamento, e, por serem influenciados os consumidores adquirem produtos de péssima qualidade, ficando no prejuízo,

Portanto, a grande problemática do presente artigo, é qual a responsabilidade civil dos digitais influences na publicidade de produtos que geram prejuízos aos consumidores. Mas antes de falarmos acerca da responsabilidade civil, precisamos entender como o ordenamento jurídico trata a publicidade.

### 3. A PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

O desenvolvimento da atividade publicitária é um dos principais fenômenos que trazem consequências para o surgimento e desenvolvimento do mercado de consumo na sociedade da informação (MIRAGEM, 2016). E, apesar da Constituição Federal de 1988 não tratar diretamente sobre publicidade em seu texto, ela traz alguns artigos relacionados, tal qual o art. 5º, IX, que determina: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Ademais, o capítulo V da Constituição dispõe sobre a comunicação social, que se correlaciona com o tema em análise.

Segundo o autor Miragem (2016, p. 276) "ele acredita que a publicidade se baseia constitucionalmente na livre iniciativa estipulada no art. 1º, parágrafo 1º, inc. IV da Constituição Federal, e essa garantia deve estar articulada com a proteção dos interesses do consumidor, pois a livre iniciativa é informar a constituição do princípio da ordem econômica. "

É importante destacar que a tema publicidade no ordenamento jurídico brasileiro é trazida por diversas artigos e leis. De acordo com Gasparotto, Freitas e Efing, prelecionam que:

A publicidade é regulamentada por diversas leis conforme matérias e temas específicos, tais como Lei das Contravenções Penais (anúncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, divulgação de loterias e imitação de moeda); decreto 3.665/2000 e lei n. 10.826/2003 (publicidade ilícita de armas de fogo); Código Civil (uso de nome, apelido e imagem das pessoas); lei n. 9.610/98 (direitos autorais); lei n. 4.680/65, decretos 57.690/66, 2.262/97 e 4.567/02 (exercício da profissão de publicitário); lei federal n 5.197/67 (utilização de animais da fauna silvestre em anúncios publicitários); lei 6.360/76 e resolução da Anvisa - RDC 102/00 (publicidade de medicamentos); A lei 9.294/96 (restrições à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas); lei n. 5.768/71 e decreto n. 70.951/72 (promoções comerciais e sorteios, prêmios e brindes); lei n. 5.700/71 (Símbolos Nacionais); lei 8.979/95 (condições para varejo e vendas a prazo); lei n. 11.265/2006 (regulamenta a comercialização de alimentos para lactantes e crianças de primeira infância e também de produtos de puericultura correlatos) e a lei 9.279/96 (propriedade industrial) (GASPAROTTO, FREITAS E EFING, 2019, p. 68-69)

Na Lei de Proteção ao Consumidor, este tópico é discutido na Seção 3, em outras palavras, "até o CDC ser lançado, não havia Nenhuma das propagandas pode proteger adequadamente os consumidores" (AZEVEDO, 2007, p. 59). Portanto, é necessário enfatizar que os princípios estabelecidos pelo CDC relacionados à publicidade devem ser seguidos: o princípio do vínculo, o princípio da identificação e não abuso.

O princípio vinculativo é fornecido na arte. De acordo com o artigo 30 do CDC, esta cláusula determina que a oferta publicitária vinculará o fornecedor à sua atuação de acordo com os termos do edital, e em caso de descumprimento, o fornecedor ficará vinculado aos termos do art. O artigo 35 do CDC, por sua vez, determina as consequências da implementação da oferta e do não cumprimento da oferta. Este princípio mostra a atenção da lei para a influência da publicidade sobre os consumidores. Efig10 destacou: "Desta forma, a oferta ou anúncio visa a concretização de um negócio jurídico, pelo que se obriga a cumprir os exatos termos do conteúdo proposto" (EFING, 2013, p.42).

Segundo o princípio da identificação, disposto no art. 36º do CDC, preleciona que:

Este artigo proíbe a publicidade secreta, incluindo relatórios, programas de TV ou informações impressas, para impedir a visualização imediata do produto, ou serviço, uma tecnologia chamada vendas. Portanto, é proibida a publicidade implícita que confunda os consumidores e dificulte a identificação dos produtos a providenciar.

Quanto aos princípios de autenticidade e não abuso, isso é fornecido em campo. No Art. 37 do CDC, deve ser apontado que este princípio proíbe a publicidade ilegal do CDC como abusiva e enganosa. De acordo com (EFING; BERGSTEIN; GIBRAN, 2012, p. 97) dispõe que "a prática da publicidade ilegal viola as disposições constitucionais de respeito pela dignidade humana, ultrapassa os limites da legislação consumista e viola os dois objetivos principais da regulamentação da publicidade, a saber, a vulnerabilidade do consumidor e o valor social".

O Código de defesa do consumidor é bem severo ao proteger o consumidor de práticas de publicidade abusiva, senão vejamos: "a publicidade abusiva, de que trata o art. 37º do CDC, parágrafo 2º, é a publicidade antiética, "que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores básicos sociais, que fere a própria sociedade como um todo".

Quanto à configuração de anúncios enganosos, não há necessidade, o consumidor enganado obtém o produto, ou seja, não precisa acontecer erro, na verdade, se apenas os consumidores pudessem causado por um erro.

Sendo assim, segundo o autor Marques (2016, p. 482) predispõe que “a publicidade, na sociedade de massa, possui dupla função: informar e estimular o consumo de bens e serviços”. Nesta mesma linha de raciocínio o autor Efig relaciona que:

A relevância da publicidade está ao se considerar a sociedade econômica de massa, na qual uma variedade de produtos e serviços são prestados por meio de mensagens enviadas por TV, rádio, internet, folders e outdoors todos os dias, e milhões de pessoas estão expostas ao mundo. A necessidade iminente de comprar e consumir (EFING; BAUER; ALEXANDRE, 2012, p.41).

Na visão de Blackwell, Miniard e Engel (2005, p. 32) vários fatores podem afetar o comportamento do consumidor, não apenas aspectos culturais, mas também fatores relacionados a outros fatores básicos, tais como: personalidade de cada pessoa, identidade étnica, fase de vida, valor adquirido na vida, renda, família, comportamento de compra, estímulos pessoais, experiência de compra anterior e opiniões de influenciadores.

Portanto, parece haver vários motivos que podem influenciar o comportamento do consumidor, e cada vez mais os anúncios usam técnicas que encorajam e persuadem os consumidores.

Em seguida, resolve o problema do impacto da propaganda nos consumidores e analisa os atores que atualmente têm maior impacto nas decisões de compra: influenciadores digitais, as funções proporcionadas pela Internet tornaram-se aliadas eficazes para os indivíduos criarem a demanda do consumidor.

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Antes de analisar a responsabilidade dos influenciadores digitais, é importante realizar pesquisas sobre responsabilidade civil e responsabilidade objetiva e subjetiva.

O Instituto de Responsabilidade Civil incorpora a Lei da Dívida e é regulamentado pelo Código Civil Brasileiro de 10 de janeiro de 2002. O artigo 186 nos apresenta o conceito de comportamento ilegal, que o define como “a pessoa que viola direitos e causa danos a outrem por meio de atos ou omissões voluntárias,

negligência ou imprudência, mesmo que atos puramente morais constituam comportamento ilegal". Na mesma direção, o art. O artigo 927 estabelece: "Quem causar dano a outrem por meio de atos ilícitos (artigos 186 e 187 da Lei Civil) será reparado" (BRASIL, 2002).

Para o destacado educador Gonçalves (2016, p. 47), "a responsabilidade é um fenômeno social", considerando que o instituto costuma atuar mantendo o equilíbrio social e garantindo a responsabilidade pela indenização. Qualquer ato ou omissão que cause dano ou dano a terceiros.

A legislação brasileira prevê certas circunstâncias nas quais a responsabilidade civil ainda é arcada sem todos os elementos básicos da teoria subjetiva. Vejamos algumas considerações sobre responsabilidade objetiva de Gonçalves (2016, p.60):

A teoria é chamada de "alvo" ou "risco", e assume que todo dano não é indenizável e deve ser reparado pela pessoa com a qual está relacionado causalmente, independentemente da culpa.

No caso de responsabilidade objetiva, o agente não precisa provar a culpa, caso contrário, o agente é obrigado a reparar o dano. Isso é absolutamente necessário, porque a responsabilidade é baseada no risco.

Nesse caso, essa classificação doutrinária significa que a responsabilidade é objetiva, pois não depende da existência do elemento de falha, pois é baseada no risco assumido pelo agente.

#### **4.1 Da Responsabilidade civil dos digitais influencer no que tange aos prejuízos causados aos consumidores**

No que diz respeito ao sistema de responsabilização segundo as normas consumistas, a Lei de Defesa do Consumidor prevê a proteção e defesa dos consumidores de acordo com a decisão constitucional estipulada neste domínio. Volume 32 da Constituição Federal da República (Brasil, 1988), com a seguinte redação: "O Estado promoverá a proteção ao consumidor na forma jurídica". Embora seja necessário regular as relações de consumo, mas o art. 4. Disposições que a legislação do consumidor é o objetivo:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de

seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

Dentre os princípios perseguidos pelo CDC, o protecionismo visa a proteção e defesa do consumidor, a partir daí outros princípios podem ser desenvolvidos, como vulnerabilidade do consumidor, insuficiência do consumidor, transparência, integridade objetiva, função social dos contratos, equivalência empresarial e todos os danos.

Sobre o princípio da vulnerabilidade, Nunes (2018, p.177) nos diz que apontar que os consumidores são um grupo vulnerável significa que “os consumidores são a parte mais fraca da relação de consumo”. O grau de verificação dessa vulnerabilidade é que o consumidor precisa enfrentar a empresa e o próprio país para receber a indenização pelos prejuízos sofridos.

Para reafirmar o protecionismo dos consumidores, o CDC (Brasil, 1990) costuma adotar a teoria da responsabilidade objetiva nas relações de consumo, evidenciada pelo art. 12, 14, 18 e 20, através do princípio da reparação de danos. Os regulamentos acima estipulam que não importa se o dano causado por falha ou defeito, nenhuma responsabilidade será assumida. Sobre esse assunto, Gonçalves (2016, p. 66) ensina:

No sistema de codificação citado, a responsabilidade factual pelo produto ou serviço e a responsabilidade pela adição ao produto ou serviço são objetivas, e o elemento de falha é utilizado para isentar o fornecedor da obrigação de indenização.

De acordo com a legislação do consumidor, fabricantes, produtores, fabricantes e importadores têm a responsabilidade de reparar os defeitos e vícios de seus produtos e serviços, bem como os danos aos consumidores causados por informações insuficientes ou uso indevido, independentemente de serem culpados e arriscado.

Considerando o desenvolvimento das relações de consumo no ambiente virtual, incluindo a existência de novos agentes, esses agentes não estão efetivamente contemplados no conceito jurídico de fornecedores. Na terceira edição do CDC (Brasil, 1990), vejamos a posição concebida pela doutrina dos “fornecedores equivalentes”, Marques (2010, p. 105), Tartuce e Neves (2020, p. 65), sobre a visão profissional ou do empregador sobre seguro de vida, ensina:

A imagem de um fornecedor equivalente (não o fornecedor do principal contato consumidor, mas um intermediário, antes um terceiro ou governante), hoje é o "dono" da relação de consumo relevante (e principal), porque entre os fornecedores Tem outra relação entre status de energia e consumidores. Esta é de fato uma teoria interessante e será amplamente usada no futuro e expandirá o escopo do CDC.

Da mesma forma, o Tribunal Superior adotou a teoria da aparência em 2019, utilizando o termo "fornecedor aparente", e julgou o recurso especial 1.580.432 / SP em termos de cardápios:

RECLAMAÇÕES ESPECIAIS - AÇÕES DE COMPENSAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - LISTA DE CONSUMIDORES - DEFEITOS NO PRODUTO - FORNECEDORES ÓBVIOS - REBRANDING GLOBAL - LEGALIDADE PASSIVA - RECLAMAÇÕES ESPECIAIS CONTRA A VIOLAÇÃO DE RECURSOS DO RÉU. HIPÓTESE: A polêmica atual se limita a definir o escopo da interpretação artística. O Artigo 3 da Lei de Proteção ao Consumidor estipula que, a fim de avaliar se a identidade do fornecedor óbvio é considerada na interpretação do dispositivo, portanto, sua responsabilidade é entendida como sendo a responsabilidade de não agir diretamente como o fabricante direto do produto defeituoso Pessoas. As mesmas marcas de renome mundial são usadas para marketing de produtos. 1. A legislação do consumidor adota a teoria da aparência para concluir, ou seja, o conceito jurídico de arte. O artigo 3º da "Lei de Defesa do Consumidor" também abrange a imagem de fornecedores óbvios, incluindo aqueles que não participam diretamente do processo de fabricação, mas mostram seus fornecedores com nomes, marcas ou outras marcas de identificação relacionadas a bens ou serviços. Imagem. Fabricado por terceiros, assumindo o status real de fabricante do produto perante o mercado consumidor [...]. (STJ - Resp. 1.580.432/SP – Quarta Turma – Rel. Min. Marco Buzzi – j. 06.12.2018 – DJe 04.02.2019).

De acordo com Tartuce, Neves (2020, p. 378), "conceito de "fornecedores equivalentes" mencionado acima, a responsabilidade solidária pode ser assumida nas seguintes situações:



Se há propagandas ou ofertas que causam danos ao consumidor, geralmente respondem à ferramenta de comunicação, à empresa que a patrocina e a todos os responsáveis por seu conteúdo (agências de publicidade e seus profissionais) de forma coletiva ou individual, sem distinção.

O mesmo é verdade no mundo da arte. O artigo 45 do código do autor das regras de publicidade (CONAR, 1980) estipula que, exceto para veículos em circunstâncias específicas no mesmo artigo, os anunciantes, suas agências e veículos serão responsáveis pelo não cumprimento de regulamentos e normas.

Para defender a responsabilidade de celebridades, artistas e outras figuras notórias, Tartuce e Neves (2020, p. 382) ensina:

Essa premissa teórica também depende do meu suporte teórico, pois este artigo representa outra aplicação importante da teoria da aparência, que mais uma vez enfatiza a sinceridade objetiva das relações de consumo, o que é benéfico para os consumidores. Não se esqueça de que grupos desfavorecidos costumam comprar produtos e serviços quando enfrentam a confiança de artistas ou celebridades.

Nesse caso, ao integrarem a cadeia de consumo, os influenciadores digitais assumem o papel de intermediários entre fornecedores e consumidores, sendo responsáveis por veicular e colocar anúncios em suas redes sociais, devendo, portanto, obedecer aos consumidores Normas ideológicas. Respeite também os princípios básicos e direitos dos consumidores, isto também se deve à sua pré-confiança nos seguidores.

#### **4.2. Das medidas do CONAR acerca da responsabilização de influenciadores digitais por publicidades abusivas**

Como já foi explanado no tópico anterior, o CONAR é a agência responsável pela publicidade no Brasil e tem como função fiscalizar e sancionar administrativamente quem não respeitar as regras de propaganda e publicidade. Portanto, é uma autoridade competente responsável por supervisionar o comportamento dos influenciadores digitais em relação ao seu trabalho publicitário desenvolvido em seus perfis pessoais nas redes sociais.

Nesse sentido, após investigação de dados relacionados a influenciadores digitais e ao CONAR, constatamos que há 40 anos (quarenta anos), os líderes de crença firme do CONAR não são marcas bem conhecidas no mercado nacional, mas

sim influenciadores. A condenação, principalmente o descumprimento da regulamentação da sinalização publicitária, caracteriza-se quando o influenciador divulga produtos, locais ou serviços da marca sem que isso implique em parceria comercial.

Para um melhor entendimento, destacamos a decisão do CONAR em nosso julgamento sobre a influenciadora digital Emily Araujo, 17ª vencedora do Big Brother Brasil, que envolveu anúncios sem o devido reconhecimento publicitário. Vamos ver:

Mês/Ano Julgamento: SETEMBRO/2017, Representação nº 15º 158/17. Autor (a): Conar mediante queixa do consumidor. Anunciante: Emilly Araujo e Johnson & Johnson. Câmara: Sexta Câmara. Relator (a): Conselheira Leticia Linerberg de Azevedo, Decisão: Alteração. Fundamentos: artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 27, 28, 30 e 50, letra "b" do Código. Resumo: Um consumidor de Porto Alegre enviou um e-mail para o CONAR, considerando a publicação de anúncios de produtos suspeitos em redes sociais para promover produtos da Johnson & Johnson. A anunciante afirmou em sua defesa ao Conar que acabara de enviar o produto como presente ao autor da postagem, que foi espontâneo. O autor desta postagem não tem atuação. O relator não acatou a defesa e levantou um contra-argumento: A Johnson & Johnson dará presentes para pessoas que têm poucos seguidores nas redes sociais além dos 2,8 milhões de seguidores do autor do post? Para o relator, o fato de não haver contrato entre as duas partes "não elimina a intenção dos anunciantes de vincular seus produtos a canais de visibilidade. Tudo isso são pretextos que usam a modernidade para repetir o que Konar condenou e ela escreveu na votação que a emenda aproveitou a engenhosidade dos consumidores para atingir seus objetivos para deixar claro que se tratava de propaganda. Com a maioria dos votos (CONAR, 2017).

Como vimos, o tribunal provou que existe uma responsabilidade conjunta entre o fornecedor e o anunciante pelo produto anunciado, pois existe claramente o desejo de anunciar.

Outro caso foi da influenciadora Gabriela Pugliesi, de acordo com a decisão, vejamos:

Mês/Ano julgamento: FEVEREIRO/2019. Representação nº 294/18, Autor: Conar mediante queixa de consumidor, Anunciante: Desinchá e Gabriela Pugliesi. Relator (a) Conselheira Milena Seabra. Câmara: Sexta Câmara. Decisão: Advertência. Fundamentos: artigos 1º, 3º, 6º, 23, 27 e 50, letra "a" do Código e seu Anexo H. Resumo: Consumidora paulistana enviou e-mail ao Conar denunciando publicidade em redes sociais do produto denominado Desinchá. Segundo a denunciante, a peça publicitária pode levar o consumidor ao engano, levando-o a crer que não há risco no consumo do produto, que conteria diuréticos em sua fórmula.

A Desinchá Em sua defesa, ele negou que se tratasse de um anúncio: os blogueiros agiam espontaneamente após receberem amostras de produtos. A defesa acredita que esse fato indica que o produto pode alcançar os resultados esperados. Ele coletou alguns relatórios para comprovar os benefícios do produto. Por outro lado, a Blogger Gabriela Pugliesi promete usar linguagem adequada em postagens futuras e orienta seus seguidores a consultar profissionais sobre a utilização do produto.

O relator não aceita o argumento do anunciante e considera o cargo uma publicidade. Por não ser mais exibido devido ao formato, advertiu Desinchá e Gabriela Pugliesi e, por unanimidade, advertiu. (CONAR, 2019).

Pelas decisões coletadas, pode-se perceber que mesmo simples postagens na rede Instagram (como postagens tradicionais recebidas) podem implicar que anúncios irregulares serão sancionados pelo CONAR. As penalidades mais utilizadas incluem advertências, alterações e correções da publicidade.

Reiteramos o que foi explicado neste tópico: O CONAR exige que os influenciadores digitais sejam responsáveis pela veiculação de seus dados pessoais para promover a publicidade de produtos ou serviços a fim de incutir o consumo consciente dos produtos expostos aos consumidores e seguidores exigem.

Nesse caso, como as pessoas influentes digitais são persuasivas, elas podem exercer influência sobre os seguidores, usuários da Internet, a confiança neles e os benefícios econômicos que obtêm ao expor a sociedade, para que possam compreender e influenciar. A responsabilidade do autor leva em conta os princípios da sinceridade e da solidariedade, a digitalização é objetiva, e não vai esquecer que

o legislador protege a parte mais vulnerável das relações de consumo, a escolha necessária para os consumidores.

Ocorre que o mundo dos influenciadores digitais tem se tornado uma realidade assustadora, uma vez que a vida de um influenciador digital quase sempre transparece uma realidade irreal, uma vida que acaba sendo almejado por muito. Ocorre que isso afeta as relações reais. Explico: a maior parte dos influenciadores digitais, principalmente do sexo feminino pregam aceitação do corpo da mulher, como sendo real e perfeito, mas anunciam produtos milagrosos que muitas vezes geram consequências para outras mulheres, consequências em sua aparência. Além do mais, existe algo muito pior, do que só produtos "milagrosos", sim. As cirurgias plásticas, que são constantemente anunciadas por blogueiras como sendo algo natural, sem ao menos relatar o quão doloroso é, como também os riscos de um mau procedimento podem ocasionar.

Ocorre que, as cirurgias plásticas estão sendo vendidas como se fossem água. Sendo assim, é preciso que os órgãos competentes tomem providências para tratar casos de exageros nas publicidades de digitais influences.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Vivemos de tecnologia, números, informação e exposições. Tornar-se o que vemos na Internet são os fatores que orientam as atitudes e escolhas dos consumidores. A "Geração Y" gerou uma onda de influenciadores digitais. Dos influenciadores digitais sabem como usar e falar a linguagem da "Geração Y", use as TIC como o principal meio de alcançar seus seguidores e use Redes sociais e canais de vídeo, como o YouTube.

Nesse caso, o artigo analisa a responsabilidade civil dos influenciadores digitais baseados no CDC de constituir violação dos direitos do consumidor ao equiparar os influenciadores digitais aos fornecedores, o que se deve ao fato de o produto ou serviço ser direcionado pela Internet.

Verificou-se que os influenciadores digitais desempenham um papel fundamental na cadeia de relacionamento com o consumidor, pois podem mudar seus comportamentos e opiniões exercendo poder suficiente na "Geração Y" e nas gerações futuras para expressar uma marca ou opinião. O produto ou serviço orienta a maioria das decisões de compra de seus seguidores. Este artigo discute os princípios de honestidade e confiança objetivas.

O CDC encontrou as medidas de proteção necessárias para proteger os consumidores de influenciadores digitais, o que é precisamente uma violação desses

princípios. Portanto, essa é uma responsabilidade estrita porque os influenciadores estão em uma posição vantajosa em relação aos consumidores, e os consumidores são a parte mais vulnerável das relações de consumo. Portanto, ao reivindicar a responsabilidade objetiva dos influenciadores digitais, baseia-se nos seguintes fatos: a) fazem parte da cadeia de consumo e respondem conjuntamente aos danos causados, b) obtêm benefícios econômicos e c) diretamente relacionados aos seus seguidores. .

É importante lembrar que além de ser uma parte vulnerável da relação de consumo, o consumidor também está imerso na sociedade de exposição. Os influenciadores digitais atuam de forma eficaz por meio das instruções de produtos e serviços para influenciar a vida dos consumidores. Seguidores, moldam o comportamento e inspiram a escolha do consumidor.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Lauren Juliê Fernandes Teixeira Alves. **Responsabilidade dos influencers digitais**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76566/responsabilidades-dos-influencers-digitais>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

ARAÚJO, Jade Barros Bezerra. **Publicidade na era digital: a responsabilidade civil dos influenciadores digitais nas publicidades clandestinas feitas no Instagram**. 2019. 91 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2019.

AZEVEDO, Ney Queiroz. **Sociedade da informação: os limites jurídicos da publicidade no Brasil à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Dissertação Mestrado. PUC/PR-PPGD. Orientador: Antônio Carlos Efiging, 2007.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (4. Turma)**. Recurso Especial 1.580.432/SP. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22MARCO+BUZ+ZI%22%29.MIN.%29+E+%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1580432&data=%40DTDE+%3E%3D+20180606&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22MARCO+BUZ+ZI%22%29.MIN.%29+E+%28%22QUARTA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1580432&data=%40DTDE+%3E%3D+20180606&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true). Acesso em: 21 out 2020.

CONAR. **Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária**, de 05 de maio de 1980. Disponível em: <http://www.conar.org.br/>. Acesso em: 21 de out de 2020.

EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. **Os Deveres anexos da Boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: Análise jurídica embasada em direitos fundamentais**. Rev.Opin. Jur., Fortaleza, ano 11, n. 15, p. 38-53, jan./dez. 2013.

EFING, Antônio Carlos; BERGSTEIN, Laís Gomes; GIBRAN, Fernanda Mara. **A ilicitude da publicidade invisível sob a perspectiva da ordem jurídica de proteção e defesa do consumidor.** Revista de Direito do Consumidor, v. 21, n. 81, p. 91-116, jan/mar. 2012.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS.** Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1, p. 65-87 - DOI: 10.17765/2176-9184.2019v19n1p65-87.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HENRIQUE, Maíra Moura Barros. **RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CELEBRIDADES DIGITAIS NA PUBLICIDADE DO INSTAGRAM.** REVISTA CADERNO VIRTUAL.

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: o eu como mercadoria.** In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). **Tendências em comunicação digital.** São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 39-58. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: RT, 1999.

MESSA, Eric. **Influenciadores Digitais? #WTF: uma reflexão sobre a falta de visão das agências de publicidade sobre o universo de influência online.** Youpix, 2016. Disponível em: <https://medium.youpix.com.br/influenciadores-digitais-wtf-3b31301b3356>. Acesso em: 29 de maio de 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual. Volume único.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: METODO, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989712/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 15 out de 2020.

SILVA, Pamela Veloso. **A responsabilização civil do influenciador digital sob a ótica da legislação consumerista** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 nov 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54877/a-responsabilizacao-civil-do-influenciador-digital-sob-a-tica-da-legislao-consumerista>. Acesso em: 11. nov 2020.

SILVESTRE, Camila Marins. **O consumo na rede social Instagram: influenciadores digitais, materialidade e sonhos.** Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-0704-1.pdf>. Acesso em: 28 de out 2020.

NOTAS:

[1]Professor Universitário Direito, matérias Direito Administrativo, Direito Trabalho, Direito da Coisas, Direito Empresarial, Teoria do Direito, Introdução Economia.

## ANÁLISE DOGMÁTICA E JURISPRUDENCIAL DOS LIMITES DA BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIROS NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF

**JÉSSICA CAVALCANTI BARROS RIBEIRO:**

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes, especialista em Direito Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, especialista em Direito Tributário pela Faculdade Única. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Professora de Direito Penal e Direito Constitucional da Autarquia Educacional do Vale do São Francisco - AEVSF, advogada.

GUILHERME SABINO NASCIMENTO SIDRÔNIO DE SANTANA[1]

(Coautor)

**Resumo:** O objetivo do artigo é analisar o instituto da “busca e apreensão” no que tange aos bens de terceiros não especificados no mandado. Trata-se de uma pesquisa descritiva, cuja metodologia empregada foi uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se também de análise jurisprudencial. Ao final, conclui-se que é válida e lícita a apreensão de bens de terceiros não especificados no mandado, desde que mantenham relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, independentemente de serem ou não investigados.

**Palavras-Chave:** Busca e Apreensão. Bens. Terceiros.

**Abstract:** The purpose of the article is to analyze the “search and seizure” institute with respect to third party assets not specified in the warrant. It is a descriptive research, whose methodology used was bibliographic research, also using jurisprudential analysis. In the end, it is concluded that the seizure of third party assets nor specified in the warrant is valid and lawful, provided that they maintain a close physical relationship with the investigated person because they live in the same house or have the same professional address, regardless of whether or not they are investigated.

**Keywords:** Search and Seizure. Property. Third Parties.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o instituto jurídico da “busca e apreensão”, mais precisamente a posição dos Tribunais Superiores (Supremo



Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) diante do problema da busca e apreensão de bens de terceiros que não constam expressamente no mandado judicial. O estudo se baseia em pesquisa bibliográfica, utilizando, como fontes, livros, jurisprudência, trabalhos e artigos acadêmicos. Tem-se como problematização se a apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, cuja busca não foi especificada no mandado, é legal ou ilegal, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ).

Como hipótese a ser testada, tem-se que é possível a busca e apreensão de bens de terceiro, desde que mantenham relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, independentemente de serem ou não investigados.

Inicialmente, no primeiro tópico, analisa-se o instituto da “busca e apreensão”, sua conceituação, características e natureza jurídica. Temos que há distinção entre o instituto da busca e o instituto da apreensão, e que, apesar de comumente citadas em conjunto, uma não se confunde com a outra. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa.

Desenvolvendo o tema, o segundo tópico trata das modalidades e requisitos necessários para a “busca e apreensão”. A busca e apreensão se dividem em duas modalidades: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Os requisitos para a diligência constam no art. 243 do Código de Processo Penal, o qual será analisado no presente estudo.

Por fim, no terceiro tópico, há a análise da “busca e apreensão” de bens de terceiros estranhos ao mandado, de acordo com o entendimento do STJ e STF. Assim, analisa-se o acórdão do Supremo Tribunal Federal Pet-AgR 5173 e o acórdão do Superior Tribunal de Justiça AGRRHC – 45267.

## **2. BUSCA E APREENSÃO: CONCEITUAÇÃO, CARACTERÍSTICAS E NATUREZA**

Busca e apreensão é meio de prova cautelar, pois tem como objetivo acautelar os meios probatórios (pessoas, coisas, animais) que não estejam à extensão espontânea da Justiça. Constituem-se como modalidade excepcional dos meios de prova, pois que a sua execução implica na quebra da inviolabilidade do domicílio e da intimidade pessoal (PACELLI, 2017, 447). Deve-se, portanto, segundo Pacelli (2017, p. 447), tanto na fase de investigação quanto na fase de ação penal, ponderar acerca da necessidade e da urgência de tal medida.

Missaggia (2002, p. 80) diz ainda que o instituto da busca e apreensão se caracteriza como:

Medidas judiciais ou de polícia judiciária restritivas de direitos fundamentais (domicílio, propriedade, posse, intimidade, sigilo) não sujeitas, necessariamente, aos pressupostos das medidas cautelares, ou seja, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, cuja finalidade consiste, no caso da busca, em descobrir coisas, pessoas ou indícios do fato investigado, para apreendê-los (ou registrá-los) ou prendê-las e, no caso da apreensão, em assegurar elementos que importam à instrução.

Segundo Lopes Jr. (2020, p. 799), a sistemática do Código de Processo Penal, ao tratar da “busca e apreensão” não é, tecnicamente, a melhor, pois mistura os conceitos de “medida cautelar” e de “meio de prova. O referido Código, ainda, unifica dois institutos jurídicos diversos: o instituto da busca, e o instituto da apreensão. Para o doutrinador, os institutos, apesar de diferentes, foram tratados de forma unificada. Nem sempre a busca gera a apreensão (pois pode ocorrer que nada seja encontrado), e nem sempre a apreensão decorre da busca (pois pode haver a entrega voluntária do bem).

Igual análise possui Missaggia (2002, p. 81) ao afirmar que a busca e a apreensão são institutos diferentes, podendo um existir sem o outro. No entanto, ocorreu, ao longo dos anos, a fusão semântica entre eles, da mesma forma como ocorreu com “perdas e danos”. Ainda assim, segundo este doutrinador, apesar da autonomia dos dois institutos, a ilegalidade da busca implicará na ilegalidade da apreensão.

Para Bastos Pitombo (2005, p. 102), a busca é uma medida instrumental, meio de obtenção da prova, que visa encontrar pessoas ou coisas, enquanto apreensão é uma medida cautelar probatória, pois se destina à garantia da prova (ato fim em relação à busca, que é ato meio). E, ainda, dependendo do caso, para a própria restituição do bem ao seu legítimo dono (assumindo assim uma feição de medida assecuratória).

Seguindo o raciocínio, assevera Souza (2020) que o instituto da busca é uma pesquisa, uma procura, uma investigação, efetuada por autoridade competente, de qualquer material que possa ser utilizado na persecução criminal, constituindo-se um meio coercitivo de obtenção de coisas e pessoas, e por isso, uma exceção às garantias individuais, corroborando os entendimentos antes esposados. Alega ainda que concerne ao instituto da busca a natureza cautelar, possuindo, portanto, as mesmas

características das outras cautelares, como: instrumentalidade, assessoriedade, homogeneidade e jurisdicionalidade.

Segundo Souza (2020), as características da instrumentalidade e da assessoriedade dizem respeito à necessidade do processo (existente ou futuro) de ser suprido por provas e pessoas para a elucidação dos fatos. A jurisdicionalidade se refere à necessidade de haver autorização para a restrição das garantias constitucionais como forma de validação do ato. A homogeneidade (ou proporcionalidade) exige uma série de requisitos aos quais deve estar relacionado o conteúdo do mandado judicial, devendo ele fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida.

O instituto da apreensão, por sua vez, tem como finalidade retirar o objeto, ou qualquer outra coisa que sirva à persecução criminal, da posse ou do local onde se encontra para garantir a sua integridade e proteção, e para que não venha a se perder. Tal medida garantirá que 1) possa se chegar o mais próximo possível da verdade real; e 2) possa ser restituído à vítima ou terceiro de boa-fé (SOUZA, 2020). Dutra (2007, p. 61) explica que a natureza acautelatória da apreensão advém da prevenção que se gera ao se resguardar o objeto, ou outra coisa, do perecimento decorrente da própria demora da instrução processual.

Portanto, é de fácil compreensão a distinção entre busca e apreensão. Como coloca Missaggia (2002, p. 82):

A distinção entre busca e apreensão parece ser uma evidência. A apreensão da coisa ou da pessoa vítima, prisão de acusados ou coleta de indícios, entretanto, é a própria *ratio* da busca. Embora subjacente à busca uma intenção de apreensão ou prisão da coisa ou pessoa investigada ou apropriação de indícios do fato investigado, a busca e a apreensão são noções que não se confundem, pois guardam uma certa autonomia e, às vezes, caracterizam-se como medidas absolutamente independentes.

Para Nucci (2020, p. 925), apesar de colocados juntos e, como regra, serem utilizados dessa maneira no processo, busca e apreensão são termos diferenciados. "*Busca*" significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas ou lugares. "*Apreensão*" é medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos.

Desse modo, conclui-se que há distinção entre o instituto da busca e o instituto da apreensão. Apesar de comumente citadas como se fosse uma coisa só, a busca não se confunde com a apreensão. A busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas, seja para preservar elementos probatórios, seja para assegurar a reparação do dano proveniente do crime. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa. Não é de todo impossível que ocorra uma busca sem apreensão, e vice-versa. Deveras, pode restar frustrada uma diligência de busca, não se logrando êxito na localização do que se procurava. De seu turno, nada impede que uma apreensão seja realizada sem prévia medida de busca, quando, por exemplo, o objeto é entregue de maneira voluntária à autoridade policial (LIMA, 2019, p. 687).

### 3. MODALIDADES E REQUISITOS

Tanto a busca como a apreensão podem ocorrer no curso do inquérito policial ou durante o processo, e, excepcionalmente, até na fase de execução da pena, nos termos do art. 145 da Lei de Execução Penal (LOPES JR., 2020, p. 800).

A busca e apreensão se divide em duas modalidades a depender de sua finalidade: a busca e apreensão domiciliar e a busca e apreensão pessoal. Segundo Lima (2019, p. 687), a busca domiciliar depende, pelo menos em regra, de prévia autorização judicial (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988), enquanto a busca pessoal dispensa a exibição de mandado de busca.

A busca (seja domiciliar ou pessoal), conforme lembra Lopes Jr. (2020, p. 800), encontra-se em constante tensão com a inviolabilidade do domicílio, a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo. Por isso, deve-se sempre buscar a ponderação e o equilíbrio, evitando-se o excesso de intervenção.

Com efeito, a necessidade de mandado para a busca domiciliar está fundamentada na inviolabilidade domiciliar prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal de 1988. Todavia, tal inviolabilidade não possui caráter absoluto. Depreendemos da própria redação do artigo constitucional que é possível a violação do domicílio nos casos de flagrante delito, para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial. Afinal, as liberdades públicas não são incondicionais, devendo ser exercidas de maneira harmônica e com observância dos limites previstos na Constituição, no que tange às cláusulas de reserva de jurisdição (LIMA, 2019, 687). Convém lembrar o que ensina Nucci (2020, p. 932) sobre a inviolabilidade do domicílio:

Preceitua o art. 5.º, XI, da Constituição Federal que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”, razão pela qual buscas domiciliares, em se tratando de processo penal, somente poderão ser feitas nas seguintes situações: a) durante o dia, com autorização do morador, havendo ou não mandado judicial; b) durante o dia, sem autorização do morador, mas com mandado judicial; c) durante a noite, com ou sem mandado judicial, mas com autorização do morador; d) durante o dia ou a noite, por ocasião de flagrante delito, com ou sem autorização do morador. As outras hipóteses constitucionais não se destinam ao processo penal (desastre e prestação de socorro).

A busca pessoal, comumente denominada de “revista”, ocorre em pessoas, quando o objeto procurado esteja com a própria pessoa ou esteja sendo carregado por ela. Essa modalidade é frequentemente realizada sem mandado judicial por força do artigo 244 do Código de Processo Penal, pois que permite que a autoridade realize a revista no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja em posse de objetos que constituam corpo de delito, ou ainda quando determinada na busca domiciliar (SOUZA, 2020). Missaggia (2002, p. 89) explica que *“a busca assim efetuada, com ou sem mandado judicial, exige que estejam presentes os motivos razoáveis, ou seja, motivos ancorados em fatos, de que a pessoa esconda algo em seu corpo ou pertence”*.

A busca domiciliar ocorre quando o objeto procurado está ao abrigo de determinada pessoa, podendo ser ao abrigo de casas, escritórios, ou quaisquer outros compartimentos de residências particulares, habitações coletivas e locais onde se exerça profissão, ou que não sejam abertas ao público em geral. Ela deve ser realizada por autoridade judiciária ou policial, devendo esta estar munida de mandado judicial quando não se tratar de flagrante delito (no flagrante delito será dispensável). Por óbvio que, caso o morador consinta (de forma livre e expressa), poderão as autoridades procederem à busca sem mandado, sendo aconselhável, nesses casos, que as autoridades policiais realizem o ato com o registro de um “termo de consentimento livre e expreso do morador” com a assinatura de duas testemunhas (CABRAL, 2020).

Importante destacar que a doutrina entende que o ambiente automotivo só se torna inviolável quando utilizado como moradia, assim aplicando o doutrinador Nucci (2020, p.936):

O veículo (automóvel, motocicleta, navio, avião etc.) é coisa pertencente à pessoa, razão pela qual deve ser equiparada à busca pessoal, sem necessitar de mandado judicial. A única exceção fica por conta do veículo destinado à habitação do indivíduo, como ocorre com os *trailers*, cabines de caminhão, barcos, entre outros.

Com efeito, não é aconselhável que o próprio Juiz faça as diligências de busca e apreensão, sob pena de violação do sistema acusatório (ALVES, 2014, p. 379). Todavia, há os que discordam de tal afirmação, a exemplo de Nucci (2020, p. 950):

Não mais vige a possibilidade da autoridade policial, pessoalmente e sem mandado, invadir um domicílio, visto que a Constituição Federal garantiu a necessidade de determinação judicial. O juiz, obviamente, quando acompanha a diligência, faz prescindir do mandado, pois não teria cabimento ele autorizar a si mesmo ao procedimento da busca.

Já para Lopes Jr. (2020, p. 821), o cumprimento da diligência de “busca e apreensão”, pelo Juiz, pessoalmente, é inconstitucional:

Dessarte, é imprescindível a prévia e fundamentada expedição do mandado, não a suprimindo a presença física do juiz no ato (o que, a rigor, não poderia acontecer, pois não cabe ao juiz uma postura policial). Por esses mesmos argumentos, acrescidos do que dissemos anteriormente sobre o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador, é inconstitucional a busca e apreensão determinada (ou realizada) de ofício pelo juiz. Ademais, tal dispositivo está tacitamente revogado pelo art.3º-A, que recepcionou expressamente a estrutura acusatória que é incompatível com a atuação de ofício por parte do juiz.

A busca sempre será de dia (das seis da manhã às dezoito horas), a não ser que o morador consinta que seja pela noite. Segundo Távora e Alencar (2009, p. 393 - 396), esse horário sofrerá modificações de acordo com o horário de verão, além disso, iniciando-se a busca dentro do horário especificado, a autoridade poderá se estender para além das dezoito horas para que não haja prejuízo às investigações. Caso a autoridade perceba que as diligências se estendam por tempo irrazoável, deverá ela encerrar o procedimento de busca por hora e se cercar de todas as medidas cabíveis para assegurar que os objetos procurados não sejam destruídos,

danificados, sonegados ou removidos do local, podendo, inclusive, fazer campanha em frente ao imóvel.

Quanto às fundadas razões que ensejariam a decretação da busca e apreensão pelo juiz, Nucci (2020, p. 937) destaca que:

Busca e, principalmente, a apreensão constituem medidas nitidamente invasivas, motivo pelo qual somente devem ser decretadas pelo juiz quando houver *razão* suficiente para tanto. Isso significa a existência de indícios razoáveis de materialidade e autoria. A busca e/ou apreensão não deve ser a primeira medida da investigação, mas a que estiver lastreada em prova pré-constituída.

O art. 243 do Código de Processo Penal determina os requisitos do mandado de busca e apreensão. Esses requisitos, necessariamente, devem estar presentes, sob pena de nulidade, na medida em que a diligência da busca e apreensão implica uma grave restrição de direitos fundamentais. A estrita observância dos limites legais é fator legitimante da medida, até porque, ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá em outra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias (LOPES JR., 2020, p. 813).

A respeito do que dispõe a lei, o Código de Processo Penal, no seu art. 243, inciso I, estabelece que o mandado de busca deverá

indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem.

Ainda, sobre os requisitos e especificidades da busca e apreensão, cabe aqui colacionar trecho da Portaria nº 1.287/2005, editada pelo Ministério da Justiça, que estabelece instruções sobre como deve a Polícia Federal proceder acerca de tal medida, e que conjuga em si um conjunto de medidas para diminuir os efeitos negativos da violação do domicílio:

Art. 1º Ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, a autoridade policial indicará fundamentadamente as razões pelas quais a autorização da diligência é necessária para a apuração dos fatos sob investigação, instruindo o pedido com todos os elementos que, no seu entender, justifiquem a adoção da medida.

Parágrafo único. A representação da autoridade policial indicará, com a maior precisão possível, o local e a finalidade da busca, bem como os objetos que se pretende apreender.

(...)

Art. 3º, § 2º Os objetos arrecadados ou apreendidos que não tiverem relação com o fato em apuração serão imediatamente restituídos a quem de direito, mediante termo nos autos.

É notável observar que o art. 1º da supramencionada Portaria corrobora o disposto no Código de Processo Penal a respeito da necessidade de fundamentação da representação do Delegado de Polícia pela medida da busca e apreensão. Além disso, a Portaria, ao determinar que devem ser restituídos os objetos apreendidos que não tiverem relação com o fato, adota medidas para diminuir a violência dos institutos da busca e apreensão. Assim, percebe-se que os regulamentos exarados pelo Estado se encontram em consonância com a doutrina processualista penal.

Além disso, deve o Magistrado fundamentar os motivos, especificar o local a ser vasculhado e o nome da pessoa que sofrerá a medida. No entanto, tal exigência não diz respeito somente à autoridade judiciária. Conforme colacionado acima, deve também a autoridade policial, ao representar pela expedição de mandado de busca e apreensão, indicar com a maior precisão possível o local, a finalidade da busca, os objetos que pretendem apreender; além de instruir o pedido com todos os motivos e justificações pelas quais a autorização da medida acauteladora seria necessária para apuração dos fatos.

Assim, é indispensável que o mandado de busca domiciliar expedido pela autoridade judiciária seja certo e determinado, não se admitindo a expedição de ordem judicial genérica, conferindo à autoridade policial a liberdade de escolha e de opções acerca dos locais a serem invadidos e vasculhados (LIMA, 2019, p. 696). Sobre a questão, pondera Lopes Jr. (2020, p. 813) que:

Situação absolutamente ilegal a nosso sentir são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a



diligência em quarteirões inteiros (obviamente na periferia...), conjuntos residenciais ou mesmo nas “favelas” de tal ou qual vila. É inadmissível o “mandado incerto, vago ou genérico. A determinação do varejamento, ou da revista, há de apontar, de forma clara, o local, o motivo da procura e a finalidade, bem como qual a autoridade judiciária que a expediu. É importantíssima a indicação detalhada do *motivo e os fins da diligência*”, como determina o art. 243, II, do CPP.

A decisão judicial que decreta a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta a ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte do Juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca. O motivo relaciona-se com a definição do *fumus commissi delicti* e a necessidade de obter-se aquela prova para a investigação e posterior processo. Exige, ainda, que evidencie a imprescindibilidade da diligência, ou seja, que a prova não pode ser obtida por outro meio (LOPES JR., 2020, p.814).

Os fins da diligência impõem a clara definição do que se busca, impedindo-se a busca genérica de documentos e objetos. Se possível, deve ser delimitado o(s) objeto(s) buscado(s), para evitar um substancialismo inquisitório. Por exemplo, se o que se busca é uma arma, não está a autoridade policial autorizada a buscar e apreender documentos, cartas ou computadores. Como na maioria dos casos já é sabido de antemão, o que se busca, logo que se defina o objeto (LOPES JR., 2020, p. 814).

Questão importante por ser bastante usual é quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado. Análise e problematização as quais fazemos adiante sob o viés da jurisprudência do STF e do STJ.

#### 4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF SOBRE A BUSCA E APREENSÃO DE BENS DE TERCEIRO NÃO ESPECIFICADOS NO MANDADO

O primeiro precedente a ser analisado é um acórdão do Supremo Tribunal Federal que julga Agravo Regimental na Petição (Pet-AgR 5173). Segundo tal precedente, existe admissibilidade e validade na busca e apreensão que apreende bens em poder de terceiro quando este é morador do mesmo imóvel do investigado, sendo irrelevante a sua discriminação no mandado, pois que o próprio artigo 240 do

CPP estabelece que deve ocorrer a busca domiciliar para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos” (“b”, § 1º, art. 240), “descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu” (“e”, § 1º, art. 240) e “colher qualquer elemento de convicção” (“h”, § 1º, art. 240) frustrando-se os fins da busca caso a apreensão de bens de terceiros não ocorra.

O STF entende ainda que a autoridade policial possui margem de discricionariedade, tendo ela liberdade para selecionar e apreender os itens que julgarem relevantes. Importante ressaltar que contra os bens de terceiros correm os mesmos efeitos da apreensão dos bens do investigado, como por exemplo o perdimento em favor da União. É assim que se lê do referido julgado:

Agravo Regimental. Busca domiciliar. Apreensão de bens em poder de terceiro. Admissibilidade. Morador do mesmo imóvel, alvo da busca, em que reside um dos investigados. Necessidade da medida abranger a totalidade do imóvel, ainda que diversas suas acessões, sob pena de se frustrarem os seus fins. Indícios, ademais, de um liame entre ambos. Bens apreendidos. Ausência de sua discriminação no mandado de busca. Irrelevância. Diligência que tinha por finalidade “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal). Impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens a serem apreendidos. Necessidade de se conferir certa margem de liberdade, no momento da diligência, à autoridade policial. Restituição de bens. Indeferimento. Objetos, componentes do corpo de delito, que têm relação com a investigação. Prova destinada ao esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, do Código de Processo Penal). Possibilidade, inclusive, de decretação de sua perda em favor da União. Recurso não provido.

1. O mandado de busca domiciliar deve compreender todas as acessões existentes no imóvel alvo da busca, sob pena de se frustrarem seus fins.
2. É admissível a apreensão de bens em poder de terceiro, morador do mesmo imóvel em que reside o investigado,

quando interessarem às investigações, máxime diante de indícios de um liame entre ambos.

3. É inexigível a discriminação, no mandado de busca, de todos os bens a serem apreendidos, uma vez que dele constava a determinação para “apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos”, “descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu” e “colher qualquer elemento de convicção” (art. 240, § 1º, b, e e h, do Código de Processo Penal).

4. Dada a impossibilidade de indicação, ex ante, de todos os bens passíveis de apreensão no local da busca, é mister conferir-se certa discricionariedade, no momento da diligência, à autoridade policial.

5. Descabe a restituição de bens apreendidos em poder de terceiro quando ainda interessarem às investigações, por se destinarem ao esclarecimento dos fatos e de suas circunstâncias (arts. 6º, II e III, CPP), e diante da possibilidade de decretação de sua perda em favor da União.

6. Recurso não provido.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 30 de setembro de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

(Pet-AgR 5173. MIN. RELATOR DIAS TOFFOLI. PRIMEIRA TURMA STF. DATA DO JULGAMENTO: 30/09/2014)

Missaggia (2002, p. 100) trata do tema ao se referir à possibilidade de apreensão de documentos em escritório de advocacia:

Dessa forma, só há limite à incursão na medida dos limites quanto à apreensão, ou seja, não há limites, como regra, ao varejamento, mas limites à apreensão. Por isso, a proteção também estende-se à residência e à pessoa física do advogado, quanto às coisas insuscetíveis de serem apreendidas em virtude do segredo profissional e do direito de defesa.

A decisão que determinar a busca em escritório de advocacia deverá esclarecer detidamente o objeto da diligência, pelo fato de que há limites decorrentes do direito de defesa e sigilo profissional. É ilegal a decisão que defere uma ordem geral de apreensão.

Questão assaz delicada é a de saber sobre a possibilidade da apreensão de documento em escritório de advocacia não constante das exceções anteriormente referidas, mas incriminadora do cliente do advogado e para fazer prova absolutória de outro acusado ou quando envolva terceiro não acusado. Guardadas as eventuais particularidades do caso concreto, a apreensão é de ser deferida, numa abstracta e a priori consideração, com base em uma ponderação de bens informada pelo princípio da proporcionalidade, no caso de produção de prova absolutória. De fato, um sistema processual penal justo não pode tolerar a possibilidade da condenação de um inocente, mesmo pagando o preço do sacrifício de outros bens e valores. Quando envolva terceiros, não é de se deferir a ordem de busca e apreensão, salvo se na balança da ponderação estiver o interesse na realização da persecução penal dos crimes graves.

(g. n.)

Dessa forma, para Missaggia, é de se analisar no caso concreto se a apreensão diz respeito a bem que sirva para incriminar ou para se absolver, além de se ponderar pela gravidade do crime investigado.

Até o presente momento, frise-se, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se mantém o mesmo a respeito da busca e apreensão de bens de terceiro, conforme entendimento exarado no RHC 182520 (STF - RHC 182520 RJ, 0225391-52.2019.3.00.0000, Relator Min. Gilmar Mendes, data de julgamento: 30/03/2020,

data de publicação: DJe-081 02/04/2020), que, inclusive, utiliza o Pet-AgR 5173 de 2014 como paradigma.

O segundo precedente a ser analisado é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que julga o Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (AGRRHC – 45267), existindo nele dois entendimentos: o seguido pela Ministra Marilza Maynard, e o seguido pelo Ministro Nefi Cordeiro (que é voto vencido).

Trata-se de uma busca e apreensão em que a Polícia Federal apreende os bens do cônjuge da investigada à época da apreensão, o cônjuge não era investigado, passando a ser somente após a apreensão dos bens. A autoridade policial reconhece, e sabe, que os bens apreendidos não são da investigada, mas mesmo assim os apreendem para averiguação, segundo o Ministro Nefi Cordeiro faz constar:

Das transcrições acima, resta inequívoco que o recorrente não figurava entre os dois sujeitos que deveriam sofrer a busca domiciliar, expressamente delimitada no alcance.

A discussão de serem coisas apreendidas de propriedade do recorrente ou de qualquer dos investigados, especialmente de sua esposa, seria de todo relevante não fosse o reconhecimento do fato por quem realizava a busca e apreensão, no próprio Auto Circunstanciado de Busca e Arrecadação (fls. 338/343e).

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro)

Segundo entendimento do Ministro Nefi, a autoridade policial sabia que o mandado deixava expresso que a busca e apreensão dizia respeito unicamente à esposa do recorrente. Por tal limitação do mandado, e tendo a apreensão extrapolado seus limites, entende, como consequência, pela nulidade da apreensão:

Assim, é incontroverso que o mandado de busca limitava-a à esposa do recorrente, que sabia a Autoridade Policial que estava apreendendo bens deste e, por decorrência, é de se ter como certo que fazia apreensão fora dos limites autorizados.

Não se tem hipótese de carência de fundamentação para a excepcional medida, conforme determina o art. 240 do Código

de Processo Penal, mas de falta do próprio mandado judicial em si, que limites expressos previa.

A consequência, pois, é de nulidade da apreensão dos objetos descritos nos itens 02 a 06 e 08 a 17 foram arrecadados no escritório utilizado por Amauri Barros da Silva, assim como o item 18 refere-se ao veículo do mesmo. Observe-se que a nulidade é do interesse do investigado, que pretende não ver realizada perícia e aproveitados resultados a ele prejudiciais na investigação que passou a integrar. Havendo prejuízo, no descumprimento da forma, de especial relevância em diligência de invasão domiciliar, é de ser reconhecida a nulidade postulada.

A restituição dos bens indicados é mera decorrência da nulidade da apreensão que ora se reconhece.

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto do Ministro Nefi Cordeiro)

Esse entendimento é corroborado por Alves (2014, p. 300 – 301), que assim explica o procedimento a ser adotado caso haja apreensão de bens de terceiros de boa-fé (que residam ou não na mesma habitação):

A restituição, quando cabível, poderá ser determinada pela própria autoridade policial ou pelo juiz, mediante termo nos autos. Nesse sentido, para que seja possível a restituição de coisas apreendidas, é necessário não existir dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120, *caput*, do CPP).

Se, porém, esse direito for duvidoso, deve ser autuado em apartado um pedido de restituição, conferindo-se ao requerente o prazo de 5 (cinco) dias para a prova. Nesse incidente, apenas o juiz criminal poderá autorizar a restituição (art. 120, § 1º, do CPP). O mesmo incidente ocorrerá – e também apenas o juiz criminal decidirá – se as coisas forem apreendidas em poder de terceiro de boa-fé, que será intimado para alegar e provar o seu direito, em prazo igual e sucessivo ao do reclamante, tendo um e outro dois dias para arrazoar (art. 120, § 2º, do CPP)."

Já segundo a Ministra Marilza Maynard, não havia outro procedimento a ser seguido pela polícia, visto que os bens estavam no local onde os dois habitavam e onde os dois trabalhavam, sendo impossível distinguir os bens de um e de outro à primeira vista. Além disso, apreendidos documentos que comprovem envolvimento do cônjuge com o crime investigado, é possível que haja o indiciamento dele, não cabendo a nulidade de tais provas:

Fico meditando acerca da dificuldade que teve a Polícia de identificar chegando a residência do casal, por exemplo, de quem era cada objeto. Compreendo que não havia como fazê-lo, porque os bens estavam justamente nos lugares onde os dois habitavam ou onde os dois trabalhavam. Então, creio que outra atitude não cabia à Polícia, senão a de levar todos aqueles bens encontrados.

Uma vez encontrados, na perícia dos referidos objetos e documentos apreendidos, elementos relativos ao envolvimento de Amauri Barros da Silva, entendo possível o indiciamento dele com base nas referidas provas. Não vejo como tê-las como imprestáveis a fim de determinar o trancamento da ação penal.

(AGRRHC – 45267. MIN RELATOR NEFI CORDEIRO. SEXTA TURMA STJ. DJE DATA: 07/08/2014. Trecho do voto da Ministra Marilza Maynard)

Sendo o voto da Ministra Marilza Maynard, que foi o vencedor, foi negado provimento ao agravo, determinando-se a validade e legitimidade da apreensão dos bens, e a não devolução destes.

Conclui-se assim que, de acordo com a jurisprudência do STJ e do STF, a apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, é válida e lícita.

## 5. CONCLUSÃO

Em suma, a “busca e apreensão”, tem seus requisitos determinados no art. 243 do Código de Processo Penal, que especifica o que o mandado deverá conter, sob pena de nulidade, na medida em que implica uma grave restrição de direitos fundamentais. A estrita observância dos limites legais é fator que legitima a medida,

pois ontologicamente, nada diferencia a busca de um crime patrimonial qualquer, como furto ou até roubo praticado em uma residência. Em ambos existe a invasão do domicílio e a subtração de coisa alheia móvel. A diferença se dá noutra dimensão, na legitimidade ou ilegitimidade da violência praticada. A busca é uma violência estatal legitimada, mas que exige, para isso, a estrita observância das regras legais estabelecidas. Então, nessa matéria, não há espaço para informalidades, interpretações extensivas ou analogias.

A decisão judicial que decreta a “busca e apreensão” deve ser fundamentada, apontando os elementos que a legitimam, sua necessidade probatória e razões que amparam essa decisão. A inobservância dessas regras acarreta na ilicitude da prova obtida. Quanto ao motivo e fins da diligência, exige-se uma rigorosa fundamentação por parte do Juiz que a autoriza, devendo para tanto apontar a necessidade e a finalidade da busca.

Quanto à apreensão de bens de terceiros, independentemente de terem ou não relação com o fato delituoso, mas que mantém relação física de proximidade com o investigado por habitarem a mesma casa ou possuírem o mesmo endereço profissional, e cuja busca não foi especificada no mandado, conclui-se que é válida e lícita, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, consolidado nos precedentes Pet-AgR 5173 e AGRRH 45267.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira Alves. **Processo Penal: Parte Geral**. Salvador: Editora JusPODIVM. 4ª Ed. 2014.

BASTOS PITOMBO, Cleunice. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, RT, 2005.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte geral - arts 1º ao 120**. 24. ed. São Paulo, Saraiva: 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Breves considerações legais e jurisprudenciais sobre o instituto da busca e apreensão**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19679/breves-consideracoes-legais-e-jurisprudenciais-sobre-o-instituto-da-busca-e-apreensao#ixzz3dAJ6MRYo>>. Acesso em: 10/06/2020.



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

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DUTRA, Luciano. **Busca e Apreensão Penal – Da legalidade às ilegalidades cotidianas**. Florianópolis: Conceito. 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 4 ed. Salvador: Juspodvm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MISSAGGIA, Clademir. **Da Busca e da Apreensão no Processo Penal Brasileiro**. Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 85. 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Diogo Rosa. **O Caráter Cautelar das Medidas de Busca e Apreensão no Processo Penal Brasileiro**. Disponível em:  
<[http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Diogo\\_Souza.pdf](http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Diogo_Souza.pdf)>. Acesso em 10/06/2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª Ed., ver. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

NOTAS:

[1]Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, advogado.

## **A RELEVÂNCIA DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO CASO DO “APAGÃO” NO ESTADO DO AMAPÁ**

**ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:** Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A Constituição Federal de 1988 previu em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluiria nenhuma lesão ou ameaça a direito, consagrando o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.[1]

Em que pese essa previsão constitucional, nos dias atuais ainda se verifica uma imotivada resistência de determinados setores da sociedade a esta tarefa pelos órgãos judiciários, qual seja a de realizar o controle judicial dos atos administrativos.[2]

Nesse sentido, frequentemente, argui-se a necessidade de que o Poder Judiciário se limite a atuar de modo comedido, num exercício de autocontenção, a fim de que os gestores públicos possam atuar no âmbito da Administração Pública de forma mais livre.[3]

Essa crítica direcionada ao Poder Judiciário tem como fundamento um suposto excesso de atuação dos julgadores, num fenômeno que é conhecido no campo jurídico como ativismo judicial.[4]

A par disso, a corrente que busca um esvaziamento do Poder Judiciário aduz ser necessária uma rediscussão sobre o recente papel deste na judicialização da vida pública. Afinal – afirmam – julgadores não têm o condão de administrar a coisa pública, notadamente sob a ótica da tripartição dos poderes (artigo 2º da Carta Política).[5]

Ocorre, todavia, que cada vez mais o Brasil tem vivenciado momentos da vida pública e política onde o Poder Judiciário é chamado a realizar uma prestação

jurisdicional de índole incisiva, porém necessária diante de desmandos dos administradores públicos.

Cita-se como exemplo o recentíssimo caso envolvendo o “apagão” energético no Estado do Amapá, onde a interrupção dos serviços de energia elétrica por diversos dias causou – e ainda causa – gravíssimos prejuízos à sociedade e ao próprio Poder Público.

Nem mesmo o regular calendário do processo eleitoral do ano de 2020 foi poupado naquele Estado da Federação, pois diante da falta de energia elétrica as eleições foram adiadas na referida localidade, causando, pois, instabilidade também na seara política.[6]

E não só.

O “apagão” atingiu serviços essenciais como o fornecimento de água potável, serviços de comunicação (internet e telefonia), serviços de saúde, segurança pública, dentre outros, catalisando o avanço do contágio por coronavírus na Capital do Estado e em Municípios contíguos, onde se concentra a maioria da população amapaense. Os danos à economia foram – e são – gigantescos, inclusive com focos de desabastecimento alimentício e de outros itens essenciais ao consumo humano.

Coube, portanto, ao Poder Judiciário atender ao pleito manejado em sede de Ação Popular a qual busca encontrar uma saída para este cenário desolador, onde o magistrado federal determinou o afastamento provisório, sem prejuízo da remuneração, pelo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência da decisão, da atual diretoria da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica (prevista no artigo 4º da Lei Federal nº 9.427/1996), bem como dos atuais diretores do Operador Nacional do Sistema- ONS (previstos no artigo 7º do Decreto nº 5.081/2004), com vista a que não interfiram na apuração das responsabilidades pelo referido “apagão”.

Posto isso, chamam a atenção alguns dos trechos da referida decisão liminar, dado o seu caráter incisivo e de firme atuação no que tange ao controle judicial dos atos administrativos, a saber:

Em verdade, o lamentável blecaute ocorrido no Estado-membro do Amapá é reflexo de um autêntico “apagão de gestão” provocado por uma sucessão de “Governos Federais” que negligenciaram quanto ao planejamento adequado de políticas públicas de produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, deixando o sistema entregue a própria sorte e em mãos de grupos políticos e econômicos que se unem

estritamente para fins de enriquecimento ilícito, tratando o povo como “rebanho bovino” e não como sujeitos de direitos, conforme preconiza a legislação brasileira.

[...]

É de destacar, finalmente, que essa sucessão de erros, condenáveis negligências, mostram o lado triste de uma face oculta do Estado Brasileiro que, ao não se planejar e ao não se organizar adequadamente para o futuro, figurando demasiadamente conivente com a corrupção (promiscuidade entre interesses econômicos e políticos), está nos conduzindo ao “Neocolonialismo” e não ao papel de uma grande Nação que poderíamos vir a ser. [7]

Nesse cenário, mais uma vez fica evidente que as críticas constantes ao Poder Judiciário no que tange ao seu suposto ativismo judicial desmedido não encontram terreno fértil nem sustentação na análise da realidade brasileira. Se de um lado ocorrem excessos pontuais pelos magistrados – e isso é fato – de outro há uma longa caminhada no Brasil que ainda precisa ser percorrida em prol do cumprimento da Constituição Federal, devendo o Poder Judiciário ser protagonista desta efetivação de direitos.

Assim, em todo esse contexto o Poder Judiciário ainda representa a última trincheira para a sociedade, haja vista que diante de situações inadiáveis e urgentes – como é o caso do “apagão” no Estado do Amapá – os cidadãos brasileiros depositaram a confiança na resolução dos problemas nas mãos de juízes, dada a descrença que persiste em determinadas instituições políticas e administrativas da República.

É dizer, diante do constatado “apagão” administrativo – e não só elétrico – coube ao Poder Judiciário trazer a luz.

NOTAS:

---

[1] PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

[2] BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[3] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[4] BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[5] SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

[6] **BRASIL**. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Novembro/tse-define-datas-para-a-realizacao-das-eleicoes-municipais-em-macapa-6-e-20-de-dezembro> >. Acesso em: 11 nov. 2020.

[7] **CONJUR**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-apagao.pdf> >. Acesso em: 11 nov. 2020.

## **IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES: UMA ANÁLISE CRÍTICA ÀS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**RICARDO OLIVEIRA FREAZA GARCIA:**

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo pretende realizar uma análise sobre o IPVA, expondo o seu histórico, natureza jurídica, função, competência, receita e seu fato gerador. Da mesma forma, será possível perceber uma análise crítica das decisões mais importantes do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade de incidência do IPVA sobre aeronaves e embarcações.

### **2. O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES**

#### **2.1. HISTÓRICO**

Num primeiro momento, com o fim meramente didático, é salutar destacar o atual posicionamento do STF acerca da impossibilidade de incidência desse imposto sobre veículo e aeronaves, para, posteriormente, demonstrarmos a partir de uma perspectiva histórica, a razão pela qual os argumentos da Suprema Corte não merecem prosperar.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RE 134.509 AM, RE 255.111 SP e RE 379.572 RJ, decidiu pela inconstitucionalidade da incidência do IPVA sobre veículos náuticos e aéreos, ainda que sejam considerados "automotores". Lastreado numa interpretação histórica do IPVA, a Suprema Corte acabou por privilegiar de forma desarrazoada e desproporcional as camadas mais ricas da população brasileira que ostentam veículos automotores náuticos e aéreos de elevadíssimo valor, mas não pagam sobre sua propriedade[1].

Ultrapassada a exposição da jurisprudência da Corte Superior, passemos a analisar o histórico que fundamentou as decisões. A possibilidade de tributação incidente sobre veículos automotores surgiu em nosso país com as taxas para remuneração e custeio de serviços públicos prestados em relação às ruas e rodovias. A Constituição de 1967 permitia que os entes federativos cobrassem taxas a título de remuneração de serviços como, por exemplo, eram diversas taxas cobradas com a finalidade de custear as estradas construídas pelo Estado. Nesse sentido fora instituída a Taxa Rodoviária Federal, pelo Decreto-Lei n. 397/68, que previa em seu art. 1º:

A Taxa Rodoviária Federal será devida por todo veículo motorizado que transitar no território nacional e o produto de sua arrecadação será integralmente aplicado no custeio de projetos e obras de conservação e restauração de estradas de rodagem federais. [2]

A criação da TRF provocou severas críticas da Doutrina, inclusive pertinentes à sua inconstitucionalidade, bem ressaltada por Aliomar Baleeiro:

Ora, a Constituição de 1967, no art. 19, II, veda limitações ao tráfego no território nacional, tendo a Emenda n. 1/1969 eliminado a ressalva relativa a pedágios em estradas. Pedágios são cobrados de cada veículo quando penetra numa via de transporte sujeita por lei a esse tributo. O fato gerador é a utilização efetiva de certa estrada, ponte, túnel, etc.

Mas, admitindo-se que tal taxa seja modalidade de pedágio tendo como base de cálculo o valor do veículo, parece certo que não poderia incidir sobre veículos que apenas transitem nas rodovias municipais, urbanas ou não. Nem mesmo nas interestaduais. Taxa cabe a quem tem competência para executar o serviço e efetivamente o executa. Não parece taxa a que a União pretende exigir de veículo que não trafega nunca em rodovias federais ou enquanto não transitar por elas.

Tal taxa se reveste do caráter de imposto sobre o patrimônio, não previsto na Constituição e, por isso, reservado à competência federal. [3]

A TRF foi extinta pelo Decreto-Lei n. 999, de 21 de outubro de 1969, que instituiu a Taxa Rodoviária Única, "na busca de viabilizar uma exação de menor complexidade e sem afronta ao ordenamento jurídico pátrio", segundo poder-se-ia extrair da justificativa que antecedia o texto legal.

Observe-se o art. 1º e seu §1º do diploma que instituiu a TRU, com a seguinte redação:

Art. 1º. É instituída a Taxa Rodoviária Única, devida pelos proprietários de veículos automotores registrados e licenciados em todo o território nacional.

§1º. A referida taxa, que será cobrada previamente ao registro do veículo ou à renovação anual da licença para circular, será o único tributo incidente sobre tal fato gerador.

Observação interessante, feita por Rogério Silva Martins, é a de que “pelo que se verifica do texto normativo *supra*, a taxa era devida pelos proprietários de veículos automotores, mas tinha sua incidência sobre a circulação dos mesmos” [4]. Não enxergamos dessa forma, uma vez que a circulação dos veículos não poderia figurar como fato gerador de uma taxa.

A TRU também foi alvo de severas críticas doutrinárias, sobretudo por não se encaixar na modalidade tributária pretendida, pois ali não se via uma contraprestação de serviço público específico e divisível, utilizado ou colocado à disposição do contribuinte, bem como não se vislumbrava o exercício do poder de polícia. A exação repetiu, enfim, o mesmo equívoco da antiga TRF, por não conseguir se encaixar no conceito da taxa. Misabel Abreu Machado Derzi assim se manifestou sobre o tema:

Com razão, mais uma vez, Aliomar Baleeiro. O Decreto-Lei 999, de 21-10-1969, instituiu a Taxa Rodoviária Única, incidente sobre o registro e licenciamento de veículos em todo o território nacional (mesmo nas rodovias estaduais e municipais). O tributo agredia, nessa parte, a competência de Estados e Municípios para fiscalizar e executar o serviço de licenciamento em suas próprias rodovias. A base de cálculo, igualmente, era o valor venal do veículo licenciado, a exação revestindo-se novamente do caráter de imposto sobre o patrimônio. [5]

Com o advento da EC n. 27, de 28 de novembro de 1985, fora conferida aos Estados membros e ao Distrito Federal a competência para a instituição de um imposto sobre a propriedade de veículos automotores que, segundo o próprio Rogério Martins, veio “em substituição à denominada Taxa Rodoviária Única (TRU)” [6]. A referida emenda constitucional alterou o art. 23, III da Constituição de 1967 – EC n. 1/1969.

Obviamente, por se tratar de uma nova modalidade de imposto, o IPVA não estava disciplinado pelo Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), editado muitos anos antes da criação desse tributo. O referido diploma trazia normas com força de lei complementar e ocupava espaço de verdadeira lei nacional



de normas gerais em matéria tributária. Aliás, frise-se que o sistema constitucional tributário da época possuía contornos diferentes do hodierno [7], pois

(...) não era necessário, como é atualmente (...), que uma lei complementar definisse as regras gerais sobre imposto, tal como a definição de contribuinte, fato gerador e base de cálculo para que esse tributo pudesse ser exigido pelos entes estaduais. [8]

A Constituição Federal de 1988 manteve a referida exação entre os seus impostos estaduais, com expressa menção ao tema em seu art. 155, III e respectivo §6º. O Brasil, até hoje, continua sem elaborar uma lei complementar nacional para o IPVA, estando em pleno vigor as leis ordinárias estaduais que regulam a matéria, às vezes, de forma diferente em cada Estado da federação.

Há contundente corrente doutrinária e jurisprudencial na defesa da tese de que o IPVA veio “substituir” a Taxa Rodoviária Única, nos mesmos moldes de tributação desta, inclusive há manifestações do Supremo Tribunal Federal nesta linha, conforme mencionado acima.

Com a devida licença, está equivocada a tese de que o IPVA substituiu a extinta TRU. Acreditamos que a TRF e, posteriormente, a TRU, foram instituídas em momento embrionário da evolução da malha rodoviária brasileira, tempos em que a quantidade de pessoas que utilizavam as estradas era irrisória, razão pela qual o legislador parece ter preferido criar uma taxa, e não um imposto.

Obviamente, a opção legislativa mereceu todas as críticas recebidas da doutrina, já que a construção e o melhoramento de estradas não se tratavam de um serviço divisível e específico, beneficiando toda a sociedade, ainda que em graus diferentes. Contudo, essa discussão não constitui o objeto deste estudo, razão pela qual tangencia-se a questão sem adentrar no âmago do problema.

É imperioso destacar que a instituição de um imposto sobre o patrimônio obriga o intérprete a voltar sua atenção à capacidade contributiva de quem pode adquirir veículos automotores e, negar a incidência em relação aos veículos aéreos e náuticos, é atentar contra a justiça fiscal.

A instituição de um imposto pela Constituição Federal representa verdadeira modificação no curso do tratamento do tema. Há de se ter em conta que o legislador promoveu uma quebra no sistema que antes estava desenhado, percebendo que a aquisição de embarcações e aeronaves estava crescendo, e que a propriedade de tais

bens indicava a presença da capacidade contributiva. Sendo assim, optou o constituinte em criar um imposto, desvinculado à antiga idéia da TRU.

Realizada a abordagem histórica que culminou no aparecimento do IPVA, passemos às análises jurídicas mais detidas, que dedicaremos primeiro, aos diversos aspectos importantes dessa exação.

## 2.2. NATUREZA JURÍDICA

O IPVA é um imposto sobre o patrimônio, não havendo maiores discussões sobre este ponto, uma vez que incide sobre a propriedade de determinados bens, vale dizer, os veículos automotores.

Note-se que, além de ser um tributo incidente sobre o patrimônio, o IPVA é classificado como um imposto real, e não pessoal.

Nos impostos reais apenas se leva em conta para fins de tributação determinado bem individualmente considerado. Não se considera a pessoa do sujeito passivo nem a totalidade de seu patrimônio ou renda, mas unicamente o bem a ser tributado. Sempre que determinada manifestação de riqueza individualizada em um bem for regulada pela norma tributária, há um imposto real e não um imposto de caráter pessoal. [9]

O Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU) é, sob este ponto de vista, muito semelhante ao IPVA, já que aquele incide sobre o patrimônio imobiliário do contribuinte, caracterizando-se como imposto real. A função dessas duas exações é a mesma, arrecadar fundos para custear as atividades gerais do Estado e a sua finalidade desses impostos é eminentemente fiscal.

## 2.3. FUNÇÃO

O IPVA é um imposto fiscal, vale dizer, seu objetivo principal é a arrecadação de recursos para os cofres públicos. Esta característica do IPVA possui grande relevância e deve ser considerada no procedimento da análise da possibilidade de incidência da exação sobre os veículos náuticos e aéreos.

Possuindo o tributo uma função eminentemente fiscal, menor razão há para realizar a discriminação sustentada pelo Supremo Tribunal Federal, afinal, o imposto visa arrecadar dinheiro para o erário, sujeitando quem pode pagar a contribuir para o custeio da máquina pública. Não se mostra adequada a não sujeição tributária

passiva de quem possui capacidade contributiva, como muitos dos proprietários de aeronaves e embarcações.

Importante lição sobre o tema foi escrita por Soraya David Monteiro Locatelli, que diz:

O IPVA não é um imposto com objetivos extrafiscais, como o imposto de importação, imposto de exportação, IPI e IOF, cujas alíquotas podem ser alteradas pelo governo para controle de mercado. Ao contrário, submete-se a todos os princípios constitucionais, não possuindo os Estados, liberdade ilimitada, ampla, para legislar sobre tal tributo. [10]

No mesmo sentido preleciona Hugo de Brito Machado, ao dizer que “o IPVA (...) tem função predominantemente fiscal. Foi criado para melhorar a arrecadação dos Estados e Municípios.”[11]

O entendimento da Suprema Corte fere, de forma contundente, a justiça fiscal e mostra-se incompatível com a própria função do tributo cujo objetivo é munir o Estado dos recursos necessários para o custeio de sua existência. Aliando-se o caráter real do imposto à função fiscal, cremos que há evidente equívoco do STF ao limitar a incidência do IPVA aos veículos terrestres. Os proprietários de veículos automotores aéreos e náuticos também possuem capacidade contributiva e, obviamente, devem contribuir para os cofres públicos, assim como os proprietários de veículos terrestres.

#### 2.4. COMPETÊNCIA E RECEITA

Segundo o art. 155, III, da Constituição Federal de 1988, os Estados e o Distrito Federal possuem competência privativa para instituir imposto sobre a propriedade de veículos automotores. Ao lado da competência para a instituição do imposto, vale dizer que “(...) o IPVA convive com o sistema de rateio de receita, cabendo aos Municípios cinquenta por cento do produto de sua arrecadação recolhida sobre os veículos licenciados em seus territórios, conforme determina o art. 158, III, da CF.” [12]

Interessante observar que as receitas provenientes dos impostos não possuem destinação específica, vale dizer, não se direcionam a determinado órgão ou devem, obrigatoriamente, ser ministrados em certa atividade. As verbas decorrentes do recolhimento de impostos se destinam ao custeamento geral das atividades do Estado, cabendo ao Chefe do Poder Executivo deliberar acerca do uso e gasto do numerário, respeitadas as disposições constitucionais.

É importante deixar isso claro, sobretudo, para não incentivar os recorrentes erros que se cometem no cotidiano, quando cidadãos leigos afirmam, por exemplo, ser um absurdo pagar IPVA e não ter ruas com asfalto de qualidade para se locomover em sua cidade. Em relação ao IPVA, acredita-se que tal alegação tenha justificativa histórica, afinal, a receita da TRU deveria ser destinada para as estradas do país, como estabelecia o art. 6º [13], do DL 999, de 21 outubro de 1969. Contudo, a referida taxa não existe mais, assim como não há mais a obrigação de emprego das verbas nas estradas do Brasil, contando o Estado, agora, com o imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

## 2.5. FATO GERADOR

Aqui se inicia, propriamente, a situação-problema que foi o objeto de análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e o fundamento utilizado para justificar a não-incidência do IPVA sobre veículos automotores náuticos e aéreos. *Data maxima venia*, falece de razão a Corte Superior e, a seguir, demonstraremos os motivos pelos quais se acredita ser possível e, até mesmo adequada, a incidência do IPVA sobre veículos automotores náuticos e aéreos.

A controvérsia teórica que se pretende pesquisar reside exatamente na hipótese de incidência do IPVA, analisando o acerto ou equívoco de limitar à propriedade de veículos terrestres o fato gerador que proporciona o nascimento da obrigação tributária relativa ao pagamento da exação em comento.

Não existe uma lei complementar nacional dispondo sobre o IPVA, como ocorre com o ICMS (Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996) e com o ISS (Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003). Os Estados - membros elaboraram suas respectivas leis ordinárias, implementando a sistemática normativa do imposto, razão pela qual há diferentes regramentos sobre o IPVA no Brasil. Contudo, podemos encontrar, obviamente, traços gerais que se repetem em todas as legislações estaduais.

Segundo preceitua o art. 155, III da Constituição Federal, o imposto deve ser instituído sobre a "propriedade de veículos automotores". A expressão merece detida análise, em todos os seus termos, pois não se deve inferir que o constituinte utilize palavras inúteis na elaboração da Magna Carta.

A palavra propriedade tem sentido técnico próprio, pertencente ao direito civil, sendo também utilizada para a incidência de outros tributos, como o IPTU e o ITR. Não paira qualquer controvérsia na doutrina em relação à utilização desse vocábulo, inclusive, o CTN possui norma expressa que se aplica ao caso em seu art. 110.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O terreno começa a se mostrar tormentoso quando se tenta encontrar a definição do que a lei considera “veículo”. À lei, realmente, não cabe o estabelecimento de conceitos e definições, ficando para a doutrina e jurisprudência o custoso trabalho de fixar o que se deve entender por veículo.

A palavra veículo ‘procede do latim *vehiculo*, de *vehere* (conduzir, transportar); *vehere* significa, mais precisamente, ‘transportar por terra ou por mar, por meio de qualquer veículo, a cavalo, me navio, levar às costas’. Veículo, assim, ‘é o instrumento ou aparelho que, dotado de certos requisitos, serve ao transporte de coisas ou pessoas, de um para outro lugar. [14]

Parece que a palavra *vehere* remonta à época tão antiga que não se vislumbrava o desenvolvimento de veículos aéreos, detalhe que se deve ter em conta para se evitar confusões sobre o tema. Ruth Rocha elenca 3 interessantes significados para a palavra veículos: “1 Qualquer meio de transporte. 2 Tudo o que transmite ou conduz. 3 Aquilo que auxilia ou promove.” [15] Parece que é recomendável aceitar a definição mais ampla do termo, afinal, a Constituição restringiria o conceito se assim desejasse.

Importante notar que “a idéia de movimento, viu-se, é elementar à idéia de veículo; veículo é, essencialmente, o meio através do qual se transporta, vale dizer, se conduz de um ponto a outro.” [16]

Obviamente, como os Estados instituíram o IPVA e elaboraram suas leis regulando o imposto, a norma estadual poderia esclarecer o que entende por veículo, estabelecer critérios de identificação, ou definir o termo da maneira que melhor entender. Gladston Mamede apresenta importante dado sobre as leis de alguns Estados – membros do país:

Muitas das legislações estaduais, a exemplo da baiana (Lei 6.348/91, art. 1º, *caput*), da paranaense (Lei 6.017/96, art. 1º, *caput*) ou da fluminense (Lei 2.877/97, art. 1º, *caput*, 1ª parte) falam apenas em *veículos automotores de qualquer*

*espécie*. Outras especificam tratar-se de *veículo automotor aéreo, aquaviário ou terrestre*, como ocorre nas leis potiguar (Lei 6.967/96, art. 2º, *caput*), ou goiana (art. 397 do Regulamento do Código Tributário de Goiás).

A última palavra da expressão em análise também traz tormentosa delimitação. É certo que o qualificativo “automotor” restringe o substantivo antecessor veículo, mas não se encontra qualquer referência sobre o termo na legislação de caráter nacional. Difícil encontrar significados nos dicionários nacionais, pois muitos não contemplam essa palavra em sua obra. A Lei carioca 2.877/97 traz interessante conceito que pode nortear a busca pela mais adequada definição. Assim está fixado em seu art. 1º, §1º: “para o efeito desta lei, veículo automotor é qualquer veículo aéreo, terrestre, aquático ou anfíbio, dotado de força motriz própria, ainda que complementar ou alternativa de fonte de energia natural.” [17]

Yoshiaki Ichihara tenta conceituar o termo, dizendo que veículo automotor seria “qualquer veículo com propulsão por meio de motor, com fabricação e circulação autorizada e destinada ao transporte de mercadorias, pessoas ou bens”. [18] Na mesma linha do quanto comentado anteriormente, o Carta Política teria limitado o conceito do termo caso quisesse fazê-lo. Entende-se que a definição adequada deve ser a mais ampla possível.

Não nos convence o argumento de que o Anexo I do Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997) revela o conceito legal de veículo automotor nos seguintes termos: “todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas” [19]. O próprio diploma legal explica, de forma explícita, que aquelas definições estabelecidas pelo Anexo I são adotadas apenas para os efeitos daquele código. Tal legislação rege tão-somente “o trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional”, segundo seu art. 1º. Resta rechaçado, desta sorte, o conceito do CTB pela impropriedade de sua aplicação às esferas aéreas e aquaviárias, fora do alcance da lei pela própria opção legislativa.

Contudo, cabe dizer, ainda, que se tal argumento não fosse suficiente, é de clara visualização que a expressão cravada numa lei reguladora de trânsito não possui aptidão para afetar as normas tributárias sobre o tema. A tributação independe da definição utilizada no regramento de utilização de veículos, podendo-se utilizar o critério da especialidade para suplantar dúvidas em relação ao conceito que deve ser tomado como adequado.

Enfim, não importa qual é o nome ou expressão utilizada por outras leis para indicar o que seria, no exemplo dado, veículo automotor. A realidade é capaz de destruir qualquer indagação, pois o essencial é que o objeto seja um veículo automotor, e nada mais.

Na mesma linha argumentação, não é sustentável tentar excluir do conceito de veículo automotor as embarcações e as aeronaves em razão das definições destes termos estabelecidas nos atos normativos que abordam o trânsito aéreo e aquaviário. Não interessa à discussão se o conceito de embarcação é compatível ou se encaixa na definição de veículo automotor. O que importa, diga-se mais uma vez, é que o objeto seja, no mundo dos fatos, um veículo automotor que satisfaça a pretensão constitucional.

De pouco interessa se podem existir aeronaves sem motor, como as projetadas apenas para planar, pois todas as aeronaves que sejam veículos automotores estarão no campo da incidência da norma tributária. Reconhecendo essa situação problemática, mas indicando que isso apenas não permite generalizar a tributação sobre toda e qualquer aeronave, se manifestou Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins:

(...) chega-se à conclusão de que um elemento essencial para caracterização de veículo automotor não é requisito essencial para a aeronave: 'a propulsão por meio de motor'. Dessa forma, podemos afirmar que nem toda aeronave é veículo automotor, não podendo o legislador do IPVA generalizar a tributação sobre ela. [20]

Não se vislumbra, neste sentido, nenhum empecilho à possibilidade teórica de incidência do IPVA sobre os veículos automotores náuticos e aéreos. Quando a Constituição Federal deseja restringir o alcance ou conteúdo de determinado conceito, ela deve fazê-lo de maneira expressa. O texto constitucional não coloca nenhum óbice à tributação de tais veículos, estabelecendo tão somente que os Estados e o Distrito Federal terão competência para instituir imposto sobre a propriedade de veículos automotores.

Não fora excetuado nenhum tipo específico de veículo automotor, nem mesmo quanto ao meio pelo qual trafega, seja pelo ar, seja pela água ou pela terra. Compartilhamos a precisa lição de Gladston Mamede, que leciona com razão:

Para o IPVA, observe-se que a Constituição não restringiu a idéia de veículo à movimentação terrestre, o implica incluir veículos para movimentação pela água e pelo ar. Porém, houve

uma qualificação expressa na autorização constitucional: no universo dos veículos, somente os automotores carregam para seus proprietários a obrigação tributária. [21]

Pode-se ver que o fato gerador do IPVA, segundo a Constituição Federal, é a propriedade de veículo automotor, mas não somente a propriedade de veículos automotores terrestres. Contudo, equivocou-se, *data maxima venia*, o Supremo Tribunal Federal excluindo a incidência do imposto sobre os veículos náuticos e aéreos. Tal entendimento afronta de forma contundente a unidade do sistema jurídico, desafia a interpretação teleológica e, infelizmente, aparenta possuir elevada e negativa carga política.

### 3. CONCLUSÃO

Portanto, considerando o equívoco histórico sobre a ascendência do IPVA – já que a CF rompeu com o paradigma normativo até então vigente alterando, inclusive, sua natureza de taxa para imposto –, a sua natureza fiscal e seu fato gerador, não há razão capaz de justificar a não incidência desse imposto sobre as embarcações e veículos aéreos. Fica claro que o Supremo Tribunal Federal ao exarar as decisões mencionadas buscou privilegiar as camadas mais abastadas da sociedade, protegendo-os em face do poder de império do Estado de impor o pagamento da exação.

NOTAS:

[1] Publicamos artigo científico defendendo a possibilidade de incidência do IPVA sobre aeronaves e embarcações na Revista JusNavigandi, onde estão algumas das razões que aqui reproduzimos. GARCIA, Ricardo O. Freaza. O fato gerador do IPVA: breve defesa da incidência sobre veículos aéreos e náuticos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano \_\_\_\_\_ 17, n. \_\_\_\_\_ 3264, 8 jun. 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21966>>

[2] BRASIL. Decreto-Lei 397, de 1968 *apud* MARTINS, Rogério Lindenmeyer Gandra da Silva. O perfil do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito Tributário*, 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 858.

[3] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed., atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 567. In: MARTINS, Rogério Lindenmeyer Gandra da Silva. O perfil do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito Tributário*, 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 858.



[4] MARTINS, 2011, p. 859.

[5] BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 11. ed., atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 567 apud MARTINS, 2011, p. 860-861.

[6] MARTINS, 2011, p. 857.

[7] Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

[8] MARTINS, 2011, p. 862.

[9] MARTINS, 2011, p. 866.

[10] LOCATELLI, Soraya David Monteiro. O Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores. *Tratado de Direito Tributário*. Coords.: Carlos Valer do Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins e Rogério Lindenmeyer Vidal Gandra da Silva Martins apud Martins, 2011, p. 864-865.

[11] MACHADO, 2008, p. 384.

[12] TORRES, 2007, p. 327.

[13] Art. 6º. O produto arrecadado da Taxa Rodoviária Única, na parte que couber ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem, segundo o disposto no artigo 4º, dêste Decreto-lei, integrará o Fundo Especial de Conservação e Segurança de Tráfego criado pelo artigo 4º, inciso II, do Decreto-lei nº 512, de 21 de março de 1969. Os Estados, Territórios, Distrito Federal e Municípios disporão, nas suas leis orçamentárias, sobre a aplicação da parte que lhes couber, em gastos de conservação, melhoramentos e sinalização de vias públicas e despesas administrativas e custeio dos serviços de arrecadação da taxa e de registro de veículos e respectiva fiscalização.

[14] MAMEDE, 2002, p. 52.

[15] ROCHA, Ruth; PIRES, Hindenburg da Silva. *Minidicionário*. 9. ed. São Paulo: Scipione, 1996, p. 634.

[16] MAMEDE, 2002, p. 53.

[17] RIO DE JANEIRO. Lei 2877, de 22 de dezembro de 1997 *apud* MAMEDE, 2008, p. 53.

[18] ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito Tributário na nova Constituição*. São Paulo: Atlas, 1989, p. 144 *apud* MARTINS, 2011, p. 866.

[19] BRASIL. Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997. Código de Trânsito Brasileiro. Brasília. Diário Oficial da União. Publicado em 24/09/1997. Retificado em 25/09/1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm)>. Acesso em 9 de novembro de 2011.

[20] MARTINS, 2011, p. 872.

[21] MAMEDE, Gladston. *IPVA – Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores*. Colaboração de Eduarda Cotta Mamede, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 52-53.